

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT.

FORMATION ET RÉOLUTION

DU

MARCHÉ DE TRAVAUX PUBLICS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Vendredi 24 Mai 1912, à 3 heures

PAR

André LEGROS

Président : M. BERTHÉLEMY, professeur
Suffragants { M. AMBROISE COLIN, professeur.
{ M. POLITIS, agrégé.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551403_0048

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT.

FORMATION ET RÉOLUTION
DU
MARCHÉ DE TRAVAUX PUBLICS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

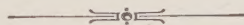
Le Vendredi 24 Mai 1912, à 3 heures

PAR

André LEGROS

Président : M. BERTHÉLEMY, professeur.

Suffragants { *M. AMBROISE COLIN, professeur.*
M. POLITIS, agrégé.



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—
1912

FORMATION ET RÉOLUTION

DU

MARCHÉ DE TRAVAUX PUBLICS

INTRODUCTION

La matière des Travaux Publics constitue une des branches les plus importantes du Droit administratif, et cependant depuis l'époque romaine jusqu'à nos jours, aucun législateur ne s'est déterminé à en donner une définition.

C'est là un des phénomènes de l'apathie législative, quand il s'agit de faire œuvre utile et surtout précise. Nos législateurs ont été effrayés de la réflexion qu'il eût fallu apporter à préciser les termes d'une telle définition : il est certainement beaucoup plus agréable de discourir sur les questions sociales pour aboutir à des lois enflées de grands mots mais inapplicables. Ce travail trop fatigant pour le législateur, a été fait par les auteurs, qui ont dégagé de la jurisprudence très complète du Conseil d'État sur cette

matière les différents éléments d'une définition.

Il est bien certain, comme cela arrive toujours en pareil cas, que plusieurs thèses se firent jour et il fallut l'alambic de la controverse pour épurer une à une ces différentes théories afin d'aboutir à la définition à peu près incontestée de M. Berthélemy.

Cette définition est la base de tout sujet relatif aux travaux publics, tant à cause des règles particulières qui régissent la matière, qu'à raison des conditions spéciales relatives à la formation du contrat.

Quand se trouvera-t-on dans la matière des travaux publics et partant quand le contrat conclu sera-t-il un marché de travaux publics? C'est là une question préjudicielle à toute discussion.

Voici très succinctement les principales phases. Une première théorie consista à rapprocher l'idée de travaux publics de celle de domaine public : seront travaux publics tous les travaux exécutés sur le domaine public.

Cette idée ne résiste pas longtemps à l'examen, car nombreux sont les travaux publics exécutés sur le domaine privé de l'État ; tels sont : la construction et l'entretien des bâtiments administratifs, casernes, hôtels des postes, hospices. — Cons. d'État, 5 août 1901, Leb. p. 769 ; 26 nov. 1903, Leb. p. 739.

De même les travaux exécutés par les associations syndicales sont des travaux publics.

La construction du Métropolitain donne un exemple typique et actuel d'un travail public exécuté sur des propriétés particulières. D'autre part, des travaux particuliers peuvent être exécutés sur le Domaine public, tels sont les branchements d'égouts des propriétés particulières et la construction d'une route forestière destinée à l'exploitation d'une forêt domaniale.

D'autre part, il n'y a aucune différence à établir basée sur l'importance de la dépense ou la qualité de celui qui paie.

C'est ainsi que les menus travaux d'entretien, sur route seront travaux publics au même titre que la construction d'un pont par exemple.

De même, le fait que l'Administration paie les travaux, ne leur donne pas le caractère de travaux publics; elle peut posséder des immeubles ne répondant à aucun service public et qu'elle gère comme un simple particulier, les travaux qui y seront exécutés ne seront pas des travaux publics.

Inversement la dépense peut être effectuée entièrement par des particuliers, et ce fait n'enlèvera pas aux travaux leur caractère de travaux publics, tels sont ceux exécutés par un concessionnaire, bien plus: « L'existence de souscriptions particulières, a-t-il été dit à plusieurs reprises, ne saurait enlever aux travaux le caractère de travaux publics. » Cons. d'État, 1^{er} août 1884, Leb. p. 695.

Une autre définition, qui eut plus de succès, consistait à dire qu'il y aurait travail public toutes les fois que l'on pourrait recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique, si elle était nécessaire à son exécution.

Cette théorie base la corrélation de l'expropriation avec les travaux publics d'une part, sur la loi de 1841 qui pose en principe que l'on pourra exproprier pour tous les travaux publics, et d'autre part sur cette considération que l'expropriation est autorisée dans l'intérêt des services publics et uniquement dans cet intérêt. Cependant des travaux publics peuvent être exécutés sans justifier ni entraîner une déclaration d'utilité publique, soit parce que leur importance ne le mérite pas : travaux exécutés dans des immeubles particuliers affectés à un service public, soit parce que leur nature ne s'y prête pas : travaux du pavage des routes, travaux d'entretien des rues, balayage, arrosage, enlèvement des boues ; de même les travaux préparatoires des travaux publics, nivellements, relevés de plans, sondages, qui rentrent dans les opérations nécessaires à l'étude des projets de travaux publics et sont, comme tels, traités comme travaux publics par l'article premier de la loi du 29 décembre 1892.

Inversement, des travaux qui ne sont pas reconnus travaux publics bénéficient des avantages de l'expropriation ; ce sont les chemins de fer construits

par les concessionnaires de mines pour les besoins de leur exploitation. Trib. des Conflits, 3 juin 1905, Leb. p. 507. D'ailleurs la jurisprudence ne se préoccupe d'aucune façon de la déclaration d'utilité publique, et elle admet qu'elle est sans influence sur le caractère juridique des travaux. Cons. d'État, 5 mai 1893, Leb. p. 369; Cons. d'État, 1^{er} mars 1895, Leb. p. 206; Cons. d'État, 12 févr. 1897, Leb. p. 121; Cons. d'État, 19 févr. 1904, Leb. p. 141.

Une tendance qui s'affirme de plus en plus, écarte tout rapprochement entre les formes extérieures des autorisations de travaux publics et la nature même des travaux. Trib. des Conflits, 2 mars 1901, Leb. p. 253. Ayant écarté ces différents systèmes, j'en arrive à la définition de M. Berthélemy que je considère comme la plus conforme aux principes généraux du droit administratif et qui s'exprime ainsi :

« Il faut reconnaître la qualité de travaux publics
« aux travaux de construction, d'aménagement et
« d'entretien, exécutés par une personne morale
« administrative en vue d'un service public. »

Puis, plus loin il ajoute qu'il faut apporter à cette définition deux exceptions.

« La qualité de travaux publics a été reconnue
« d'une manière absolue ou d'une manière relative
« dans deux hypothèses où il ne s'agit plus de services
« publics, d'une manière absolue, quand il s'agit

« de travaux d'une association syndicale de proprié-
« taires, d'une manière relative quand il s'agit de
« mines et carrières. »

Cette définition ramène à trois les éléments constitutifs des travaux publics.

1^o Il y a d'abord un élément matériel tenant à l'objet, il faut qu'il y ait un travail accompli, exécuté.

2^o Il y a un second élément, l'élément personnel tenant à la qualité de celui qui exécute les travaux : il faut que le travail soit exécuté par une personne morale administrative.

3^o Enfin troisième élément, élément intentionnel tenant à la destination des travaux, il faut que les travaux soient faits en vue d'un service public. Je vais analyser rapidement ces trois éléments.

1^o Élément Matériel du travail public.

L'opération administrative que l'on qualifie travail public apparaît comme une opération complexe quant à son objet, lequel ne peut pas n'être qu'un travail dans le sens d'un ouvrage à créer ou à entretenir. On a dit (1) que l'opération appelée « travail public » était une pièce en plusieurs actes avec un prologue constitué par une période préparatoire, tendant à savoir ce qu'on peut faire, ce qu'on fera.

(1) Cours de M. Sauzet,

Le premier acte a pour objet de décider si le travail public sera ou non exécuté. Le deuxième acte a pour objet de rechercher les moyens d'exécution du travail, la création des ressources.

Au troisième acte, on passe à l'exécution. L'Administration se préoccupe d'entrer en rapports avec le propriétaire des terrains dont l'occupation est nécessaire pour l'exécution des travaux.

Au quatrième acte, c'est l'exécution même des travaux, soit par les agents de l'Administration, soit par un entrepreneur ou un concessionnaire.

Au cinquième acte, il y a lieu de s'occuper de l'entretien de l'ouvrage, et si le travail créé est productif, il y a lieu de s'occuper de son exploitation.

Pendant toute la durée de cette opération, on sera dans les travaux publics, à la condition qu'elle soit relative à un immeuble, soit pour sa construction, soit pour son entretien, mais il n'est pas nécessaire de créer; des travaux de démolition et de déblaiement préalables à de nouveaux ouvrages sont certainement des travaux publics; aussi bien que les opérations nécessaires à l'étude des projets de travaux publics. Il peut même se faire que ces études ne soient suivies d'aucun travail, et cependant elles auront joui de toutes les prérogatives des travaux publics, et ce sera conforme au principe ci-dessus, car elles sont faites sur le territoire en vue d'ouvrages à y édifier; elles intéressent la propriété immobilière

par le contact qu'elles établissent entre les agents de l'Administration et les propriétaires.

Il en est de même des opérations administratives de triangulation, d'arpentage et de nivellement prévues par les art. 19 à 22 de la loi de finances du 13 avril 1900 pour la réfection du cadastre.

Avec ce principe, on ne pourra pas admettre la possibilité de travaux publics mobiliers; c'est ainsi que la construction d'un cuirassé n'est pas un marché de travaux publics, ce n'est qu'un marché de fournitures, parce qu'il n'aboutit qu'à créer un objet mobilier.

Toutefois, si l'objet mobilier s'incorpore au sol ou à un immeuble, il devient immeuble par destination et sa confection donnera lieu à un marché de travaux publics. Telle est l'installation de services publics dans un immeuble particulier.

De plus, ces opérations doivent tendre à la réalisation d'une œuvre matérielle, ce qui exclut tout travail intellectuel et toutes les œuvres artistiques.

On ne saurait qualifier travail public la composition d'une cantate, ni l'exécution d'un tableau. Quant aux statues, la jurisprudence a varié, c'est ainsi qu'elle considère comme travail public l'érection d'une statue sur la place publique d'une ville, sous prétexte que l'artiste a fourni le socle et surveillé les travaux, alors qu'elle refuse ce caractère à la commande d'un buste faite également à un artiste.

Une limite assez délicate sépare l'œuvre artistique et le travail d'art, ce dernier rentrant dans la catégorie des travaux publics.

Si le travail a pour but une simple fourniture, il ne saurait y avoir travail public, mais on trouve fréquemment l'opération mixte comprenant à la fois fourniture à faire et travail à exécuter. Le caractère de travaux publics l'emporte toujours : tel est le cas d'un marché pour la fourniture d'eau et de gaz à l'État ou à une commune, comportant l'installation des conduites, l'importance du travail à exécuter l'emporte sur la fourniture, et ce sera un marché de travaux publics.

On a poussé quelquefois très loin cette idée, et le seul fait qu'il y a un travail à exécuter suffira à faire rentrer l'opération dans le marché de travaux publics. C'est ainsi que sont considérés comme travaux publics les traités par lesquels les entrepreneurs s'engagent à fournir la nourriture et l'habillement des prisonniers en échange du produit de leur travail, par le seul fait qu'ils s'engagent en même temps à entretenir les prisons; c'est là un véritable subterfuge de l'Administration. Sur les marchés mixtes, voici l'opinion de M. Laferrière :

« On doit reconnaître que le lien est parfois fragile entre l'objet de ces marchés et l'idée de travail public; qu'en tout cas, ce n'est pas cette idée qui y tient le plus de place. On en pourrait conclure que, lorsqu'un

contrat est mixte, il n'est pas nécessaire que le marché de travaux publics y domine; il suffit qu'il y apparaisse, même sous une forme très atténuée, pour que la compétence du Conseil de préfecture en résulte. La jurisprudence a peut-être ainsi donné à la loi du 28 pluviôse an VIII une expression que n'avaient pas prévu ses auteurs, mais elle n'en doit pas moins être tenue pour acquise. Le tribunal des Conflits et le Conseil d'État l'ont consacrée par de nombreuses décisions, spécialement pour les distributions d'eau et de gaz et pour le service des prisons. »

2^o Élément intentionnel du Travail public.

Le travail doit être exécuté en vue d'un service public, en d'autres termes en vue de l'intérêt public pour la satisfaction duquel les services publics ont été créés.

Ce but de satisfaction de l'intérêt public doit être direct et immédiat comme dans les travaux ayant en vue la création et la mise en service des voies de communication, et en général des dépendances du domaine public de circulation terrestre ou fluviale.

Il faut que ce service public ait entrepris les travaux dans le but immédiat et direct de servir son intérêt spécial en tant que service distinct; s'il agit pour la satisfaction de son intérêt privé, pour se créer des revenus plus forts, en établissant une route d'exploit-

tation dans une forêt, il ne sert pas directement l'intérêt public.

De même un établissement public, l'assistance publique par exemple faisant construire un immeuble sur des terrains lui appartenant en vue de se créer de nouvelles ressources, ne sert pas directement l'intérêt public, et les marchés qu'elle passera ne seront pas des marchés de travaux publics. Par contre, l'Administration de la guerre faisant construire sur son domaine privé des casernes, remplit sa fonction, sert l'intérêt public qu'elle est chargée de satisfaire.

3^o Élément personnel du Travail Public.

Les travaux doivent être exécutés par une personne morale administrative. « Cela veut dire par l'État, le département, la commune, et aussi par tous établissements publics spéciaux, par tout service administratif. Mais la règle ne saurait s'étendre, sauf exception formelle, aux établissements d'utilité publique (1) ».

La loi du 16 septembre 1807, art. 30, met sur les même pied les travaux du département, de l'État et des communes. L'exclusion, sauf exception, des établissements reconnus d'utilité publique, comme pouvant exécuter des travaux publics, est formelle et le Conseil d'État l'applique d'une façon rigoureuse,

(1) M. Berthélemy : *Traité élémentaire de droit administratif*.

alors même que cet établissement servirait directement l'intérêt public.

La raison en est fort simple : les services rendus par ces établissements ne sont pas tels, qu'ils soient indispensables, puisque l'on n'a pas créé de service public dans cette branche, il n'y a donc pas lieu de les armer des prérogatives exorbitantes dont jouit l'Administration, et leur permettre ainsi de léser des intérêts particuliers.

C'est l'application de cette idée, qu'en France, seuls l'État, les départements, les communes ou les établissements publics, ont mission et qualité pour apprécier ce que réclame le service de l'intérêt public, et agir ensuite en vue de lui donner satisfaction.

Sans doute, si l'Administration écartait d'une façon absolue l'initiative des particuliers, on pourrait dire que c'est propager l'habitude de tout attendre de l'action des autorités administratives et que l'activité des individus est condamnée par ce principe, si bien que les Français sont menacés de voir se perdre complètement le sens de l'intérêt public qui est indispensable à une démocratie. Mais en fait l'exécution des travaux publics, en France, associe de plus en plus l'action des personnes morales publiques et l'action des particuliers. C'est ainsi que, si les travaux publics doivent être décidés par l'État, le département, la commune et commandés par eux, l'Administration a, pour leur exécution, recours la plupart du temps aux

particuliers, soit sous la forme de concession, soit sous la forme d'entreprise de travaux publics. Elle peut également les exécuter par ses propres moyens, c'est-à-dire en régie.

Le maître du travail reste toujours le même, et le mode d'exécution auquel recourt l'Administration est sans influence sur le caractère public ou privé de ces travaux. Ce qui fixe ce caractère, c'est la destination d'utilité publique et il importe peu que l'Administration exécute elle-même, si cette destination fait défaut, le travail ne sera pas travail public. Par contre, l'Administration peut confier l'exécution du travail à des particuliers, si celui-ci satisfait l'intérêt public il conservera son caractère de travail public.

C'est sous les formes toutes spéciales des associations syndicales de propriétaires et des offres de concours que l'action des particuliers trouve son application la plus pratique. Là encore le but immédiat et direct des particuliers sera la satisfaction de l'intérêt public, ils feront ou aideront à faire ce que l'Administration ne peut pas exécuter par ses propres moyens, mais ils ne s'immisceront en rien dans l'exécution. Il faut cependant faire exception pour les travaux exécutés par les associations syndicales de propriétaires, dont les prérogatives remontent à la loi du 16 septembre 1807, sur le dessèchement des marais. Toutefois, cette loi ainsi que celle du 21 juin 1865, n'envisageaient que des travaux ayant un caractère

d'intérêt privé, tandis que celle du 22 décembre 1888 déclare :

« Peuvent être l'objet d'une association syndicale entre propriétaires intéressés, l'exécution et l'entretien des travaux :

6° D'assainissement dans les villes et faubourgs, bourgs, villages et hameaux;

7° D'ouverture, d'élargissement, de prolongement et de pavage de voie publique et de toute autre amélioration ayant un caractère d'intérêt public dans les villes et faubourgs, bourgs, villages ou hameaux. »

On y voit figurer des travaux ayant vraiment le caractère de travaux publics qui, normalement, sont de la compétence des autorités administratives. Donc cette loi permet l'exécution de travaux publics par des particuliers et pour leur compte, après avis conforme des personnes morales administratives auxquelles reviendrait normalement le pouvoir de les exécuter. C'est une brèche au principe.

D'ailleurs un travail entrepris dans un but d'intérêt public ne perd pas son caractère de travail public, quand à l'intérêt public qu'il a pour but de servir vient se mêler un intérêt particulier qui y trouve du même coup sa satisfaction.

Il est bien certain que pour l'entrepreneur ou le concessionnaire l'intérêt public passe au deuxième plan, et que le bénéfice qu'ils retireront de l'exécution des travaux est pour eux le principal mobile d'action;

mais pour le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire l'Administration, le but direct et immédiat sera la satisfaction de l'intérêt public, si tel n'était pas le souci de l'Administration, on ne pourrait dire qu'il y a travail public.

En principe, les particuliers ne pourront donc exécuter des travaux publics que pour le compte de l'Administration, qui conservera la direction et la surveillance des travaux pendant leur exécution, aussi bien qu'après leur achèvement s'il y a eu concession.

Législation.

Ainsi que je l'ai indiqué ci-dessus, il n'existe pas de définition légale des travaux publics, mais ce n'est pas dire qu'il n'y ait aucun texte législatif ou réglementaire en cette matière. On peut même affirmer que l'ensemble un peu disparate des lois ou décrets, constituent une législation suffisante complétée par quelques lois spéciales pour les plus importantes entreprises.

La présente étude étant limitée au service des Ponts et Chaussées, je citerai surtout les textes relatifs à cette Administration.

La Période révolutionnaire ne nous a légué que des mesures de détail, votées « en attendant une loi sur les travaux publics ». Du Directoire, il nous est parvenu la loi du 28 pluviôse, an VIII, qui, dans

son art. 4, soumet à la juridiction administrative, tous les litiges relatifs à l'exécution des marchés de travaux publics. C'est le principe du Régime d'exception appliqué ax travaux publics.

Sous l'Empire, la loi du 16 septembre 1807, dite sur le Dessèchement des marais, a posé des principes généraux sur les travaux publics et certaines règles continuent à être en vigueur aujourd'hui. On voit également apparaître le premier cahier des clauses et conditions générales proposées aux entrepreneurs de travaux publics et rédigé par le Directeur général des Ponts et Chaussées, en date du 30 juillet 1811. Il serait inexact de croire que le premier Empire ait innové en cette matière. Le corps des Ponts et Chaussées, représentant le personnel technique des travaux publics, remonte à l'ancien Régime et dès 1738, on le voit apparaître pour établir les projets et en surveiller l'exécution afin d'empêcher l'entreprise des travaux d'être faite au hasard et suivant la simple faveur.

C'est le principe de l'étude préalable. En 1747, on crée l'École des Ponts et Chaussées destinée à assurer le recrutement exclusif du corps des ingénieurs, qui ont, en quelque sorte, le monopole des travaux concernant les routes, canaux et ports de commerce.

En 1789, un mouvement hostile au corps des ingénieurs des Ponts et Chaussées se manifeste dans les cahiers de revendications dont bon nombre réclament la suppression. Le décret du 22 décembre 1789 don-

nant satisfaction à ces réclamations, confie au Directoire du département la direction des travaux publics.

Mais après une lutte ardente, le corps des ingénieurs des Ponts et Chaussées triompha, et les décrets des 31 décembre 1790 et 17 janvier 1791 rétablissent l'administration centrale des Ponts et Chaussées.

Dès lors, on s'explique très bien que le cahier de 1811 ne soit que la reproduction des traditions et des clauses habituelles suivies dans les marchés de travaux publics de l'ancien Régime.

Sa principale utilité fut de constituer un type de marché et d'établir une base commune à tous les contrats passés par l'administration des Ponts et Chaussées.

La Restauration réglemente les forme à suivre dans les adjudications des travaux des Ponts et Chaussées par l'ordonnance du 10 mai 1829, et revise le cahier de 1811 en publiant celui du 25 août 1833.

Une ordonnance du 14 novembre 1837 portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance, est toujours en vigueur.

Le Cahier de 1833 fut à son tour modifié par le deuxième Empire. Déjà, en 1849, une commission spéciale avait été formée dans ce but, mais n'avait donné aucun résultat.

Devant les réclamations pressantes des entrepre-

neurs, une nouvelle commission arrêta le cahier du 16 novembre 1866, dont les art. 34 et 43 furent modifiés par une circulaire du 14 avril 1877. Un décret très important et toujours en vigueur, en date du 18 novembre 1882, remplaçant l'ordonnance du 4 décembre 1836 qui avait été rendue en application de l'art. 12 de la loi du 31 janvier 1833, portant « une ordonnance royale règlera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du Gouvernement » ainsi que le décret du 31 mai 1862, pose le principe absolu de l'adjudication obligatoire pour les marchés de l'État qui devront être faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions prévues à l'art. 18 et réglemente les formes à suivre.

Le décret du 4 juin 1888 dont les dispositions ont été rendues applicables aux marchés passés au nom des départements par un avis du Conseil d'État du 27 juin 1889, et aux marchés passés au nom des communes par une loi du 29 juillet 1893, admet les sociétés d'ouvriers français régulièrement constituées à soumissionner les travaux ou fournitures pour le compte de l'État.

Un arrêté du 16 février 1892 vint à nouveau modifier le cahier des charges de 1866, dont il adoucit les rigueurs et il était encore en vigueur dernièrement jusqu'à ce qu'il ait fait place au cahier du 29 décembre 1910 qui régit actuellement les marchés de travaux publics du service des Ponts et Chaussées.

Entre ces deux dates se placent les décrets du 10 août 1899 sur les conditions du travail dans les marchés passés au nom de l'État.

Pour être complet, il faudrait énumérer les lois des 8 mars 1810, 7 juillet 1833, 3 mai 1841 et 27 juillet 1870 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, ces deux dernières régissant aujourd'hui la matière, ainsi que la loi du 29 décembre 1892 sur les dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics.

Quant aux lois spéciales à certaines grandes entreprises, on peut citer les lois du 15 mai 1845 sur les chemins de fer; 28 mai 1858 sur les travaux d'endiguement des rivières; 21 juin 1865 et 22 décembre 1888 sur les associations syndicales; 11 juin 1880 sur les chemins de fer d'intérêt local et les tramways; 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie électrique.

PREMIÈRE PARTIE

Divers modes d'exécution des travaux publics

L'administration qui veut faire exécuter un travail public a divers modes d'exécution à sa disposition. Elle pourra choisir entre la régie, la concession, ou l'entreprise.

La Régie consiste dans l'exécution poursuivie par l'administration elle-même, employant des ouvriers qu'elle embauche ou ceux qui constituent son personnel ordinaire, dirigés par ses ingénieurs et avec des matériaux achetés par elle.

C'est une application de l'État patron s'organisant comme le ferait un industriel dont il a les risques, mais dont il a rarement les bénéfices par suite de sa mauvaise organisation.

Dans la concession qui fut pratiquée par l'ancien Régime pour la plupart des grands travaux et qui reçut une application importante au dix-neuvième siècle avec les concessions de chemin de fer, le concessionnaire est substitué à l'administration pour l'exécution des travaux et leur exploitation; il jouit

pour leur exécution de toutes les prérogatives de l'administration et perçoit une redevance sur tous ceux qui useront de ce travail, c'est d'ailleurs cette redevance qui est pour lui le mobile d'action et dont il doit normalement retirer un bénéfice.

Le concessionnaire doit l'entretien de son travail qui fait retour à l'administration au bout d'un certain temps. A l'expiration de la concession l'administration peut ou conserver l'exploitation de l'ouvrage dont elle a toujours été propriétaire, ou renouveler la concession.

Enfin « l'entreprise ou marché de travaux publics est le contrat par lequel un particulier, s'engage à procurer l'exécution d'un travail public moyennant un prix convenu. » (M. Berthélemy).

Les conditions de formation et d'exécution « sont précisées, non pas dans la loi, mais dans les formulaires établis par décrets ou par arrêtés et désignés sous le nom de cahiers des clauses et conditions générales ».

C'est le mode d'exécution le plus fréquemment employé; il est donc intéressant d'en connaître la nature.

De l'examen des termes ci-dessus, il ressort que :

Quant à ses particularités, c'est un contrat synallagmatique et commutatif.

Quant à sa nature spéciale, c'est un louage d'ouvrage.

C'est un contrat synallagmatique aux termes mê-

mes de l'article 1102 du C. civ., car d'une part, l'entrepreneur s'oblige à exécuter un travail, et d'autre part, l'administration s'engage à en payer le prix. Mais il faut ajouter que les conditions du marché sont établies d'une façon unilatérale par l'administration en ce sens que contrairement au Droit commun, les conditions du marché ne sont pas discutées par les deux parties placées sur un pied d'égalité.

La suprématie de l'administration s'affirme, car seule, elle rédige les pièces du marché, et l'entrepreneur ne peut en discuter les termes; elles lui sont offertes telles qu'elles sont, à lui s'il veut travailler pour l'administration de s'y soumettre, d'y adhérer sans discussion. Mais elles ne lui sont pas à proprement parler imposées. Après en avoir pris connaissance, si l'entrepreneur persiste à se présenter au marché, il est censé les avoir acceptées et dès lors elles lui sont opposables, elles n'ont pour lui qu'une valeur contractuelle.

Il faut bien convenir qu'en fait, l'entrepreneur se trouve dans l'alternative ou de refuser les clauses qu'il ne peut discuter, et alors il est évincé, ou de les subir parce qu'il a des frais généraux à couvrir, un matériel quelquefois important à utiliser et qu'il ne peut, sans affronter des pertes considérables, ne pas soumissionner les travaux publics.

. Le cahier des clauses et conditions générales émane du Directeur général des Ponts et Chaussées et dès

qu'il est rédigé, un arrêté ministériel le sanctionne.

Ce n'est pas un règlement dans le sens légal du mot, ce n'est pas un acte d'autorité, de commandement obligatoire comme la loi elle-même.

Il a un caractère réglementaire dans ce sens que ses prescriptions s'imposent aux divers services de l'administration qui l'a rédigé. Ses dispositions sont obligatoires à tous les degrés de la hiérarchie de cette administration, dont les agents ne peuvent, sans manquer à leur devoir professionnel, insérer dans un marché une dérogation aux clauses et conditions générales.

C'est un contrat commutatif, puisque, art. 1104 du C. civ., chacune des parties s'engage à donner où à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle. Il ne saurait être considéré comme aléatoire, puisque l'équivalent ne consiste pas dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain. L'entrepreneur sait d'avance, combien il recevra, le prix est déterminé de façon certaine et les chances de gain qu'il court ont été calculées sur des bases connues : prix des matériaux, prix de transport, prix de la main-d'œuvre, rendement normal...

On a voulu à tort considérer l'entreprise des travaux publics comme étant une régie intéressée, parce que l'administration ne se substitue pas l'en-

trepreneur et conserve toutes ses prérogatives habituelles.

Cette prétention ne saurait se soutenir, car l'entrepreneur ne saurait à aucun moment être considéré comme un agent de l'administration et il conserve son indépendance, il assume les risques de son entreprise.

En réalité « l'entreprise de travaux publics est un simple louage d'ouvrage alors même que l'entrepreneur se serait engagé à fournir les matériaux (1) ».

Aussi devra-t-on appliquer les règles du Droit commun partout où un texte précis n'aura pas consacré des innovations ou bien des dérogations aux principes formulés par le Code civil.

Ce rapprochement du louage d'ouvrage est d'ailleurs conforme aux textes. C'est ainsi que l'art. 1779 du C. div. déclare :

« Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie.

.

3^o Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés. »

Enfin le chapitre III du titre VIII du livre III, intitulé du *Louage d'ouvrage et d'industrie*, comprend une section III placée sous la rubrique des devis et marchés. Les art. 1787 à 1799 de cette section seront

(1) M. Berthélemy : *Traité élémentaire de droit administratif*, 4^e éd., p. 607.

donc applicables aux marchés de Travaux Publics, sous la réserve ci-dessus.

Cette assimilation ne saurait cependant aller sans une remarque, résultant de ce que le marché de Travaux publics porte le stigmate de son origine administrative et de sa dépendance de l'intérêt public, sans doute dans un marché ordinaire, à défaut de stipulation en cas de contestation, on aura recours aux règles du Code civil ou à l'interprétation de la volonté des parties, lesquelles sont libres de contracter avec les modalités qu'elles veulent, pourvu qu'elles soient licites; mais en matière de travaux publics, cette liberté de conventions n'existe pas, et l'administration elle-même, mise au service de l'intérêt général, est tenue par les termes du cahier des clauses et conditions générales et autres textes.

L'interprétation du marché, et l'appréciation de la légalité des clauses devront donc se faire en tenant compte de ce que l'entreprise de travaux publics dépend de la marche d'un service public, sinon on ne pourrait jamais justifier les droits exorbitants de l'administration lui permettant par exemple d'arrêter les travaux, de les modifier dans une certaine mesure, de forcer à exécuter par un simple ordre de service.

Toutefois l'intérêt général ne devant pas être un moyen de contourner l'équité, chaque fois qu'il y aura violation du Droit commun en dehors des clauses

expresses et licites, telles que les particuliers peuvent en stipuler, l'entrepreneur devra s'incliner devant l'intérêt public, mais il recevra en échange une indemnité calculée pour réparer le préjudice qui lui est indûment causé.

De cette façon tout le monde y trouvera son compte, d'une part l'indemnité payée au nom de l'intérêt général ne sera rien pour l'administration en regard du trouble qu'apporterait dans les affaires publiques, le Droit pour l'entrepreneur d'entraver la marche d'un service public, et d'autre part le Droit de l'entrepreneur se résoudra en une somme d'argent et dès lors qu'il n'éprouvera plus de préjudice il n'aura pas lieu de se plaindre.

En un mot les prérogatives de l'administration ne sauraient faire abstraction des clauses du contrat et des droits qui en résultent pour l'entrepreneur.

En passant un marché de travaux publics, l'administration contracte des obligations qui constituent des droits pour l'entrepreneur mais comme elle ne peut pas se lier au point d'aliéner son autorité, pour l'exécution des travaux, puisqu'elle est avant tout au service de l'intérêt général, elle sauvegarde ses prérogatives en insérant dans le cahier des clauses et conditions générales, des clauses qui dépassent les droits des particuliers d'après le Code civil.

Mais il ne faut pas exagérer ce point de vue et il est bien certain qu'à défaut de stipulations spéciales, le

droit commun devra s'appliquer; la théorie ci-dessus ayant pour but de justifier et d'expliquer l'existence des cahiers.

Il faut d'ailleurs reconnaître que les prérogatives de l'administration qui étaient exagérées dans les premiers cahiers se sont atténuées, en même temps que se développait le sentiment du droit de l'entrepreneur mis en face de l'administration, et il y a lieu d'espérer que le respect de ce sentiment nous conduira à la lisière du droit commun.

Ceci corrobore avec le principe que M. Berthélemy énonce ainsi :

« Les travaux publics sont exécutés par l'adminis-
« tration dans l'intérêt général. J'en ai conclu qu'il
« était naturel qu'un droit spécial s'appliquât à ces
« travaux tant à raison de leur objet, qu'à raison de
« leur auteur. Ce droit spécial est constitué par des
« règles sur la forme et l'exécution des contrats que
« font les administrations quand elles entreprennent
« un travail public. »

Il est certain que c'est au nom de cet intérêt général que l'administration a pu s'attribuer des pouvoirs exorbitants tels que la mise en régie prononcée par elle-même ou le droit à l'exécution préalable des ordres de service même pendant la durée d'une instance.

Diverses sortes de marchés de travaux publics

Le marché de travaux publics ainsi défini peut revêtir plusieurs formes suivant la façon dont les prix sont déterminés.

C'est ainsi qu'on distingue le marché à forfait, le marché sur série de prix, et le marché à l'unité de mesure, dit aussi à l'entreprise.

Le marché à forfait est celui dans lequel un prix global est fixé pour le travail à faire, lequel est déterminé à l'avance d'une manière stricte et absolue.

Peu importe les difficultés ou les avantages que l'entrepreneur rencontrera en cours d'exécution, il ne sera établi aucun mesurage, aucun compte, le prix fixé d'avance est invariable.

Ce marché n'est possible que dans les cas où l'évaluation de la dépense est absolument certaine, et où le travail à exécuter ne présente aucun aléa qui pourrait entraîner un changement quelconque, car la jurisprudence est plutôt tentée de lui enlever son caractère forfaitaire dès que des modifications ont été imposées par l'administration.

La base du forfait c'est le plan.

Les travaux seront décrits et définis dans le cahier des charges et les feuilles de dessin annexées à la Convention.

Cons. d'Ét, 29 nov. 1889, Leb. p. 1094. Les princi-

pes généraux des art. 1793 et 1794 du C. civ., sont applicables.

Ce marché est d'un usage peu fréquent dans les travaux dépendant du service des Ponts et Chaussées.

Les pièces à fournir à l'entrepreneur sont réduites à leur plus simple expression. Il y aura naturellement le cahier des clauses et conditions générales et en second lieu le devis descriptif, pris comme synonyme de cahier des charges spécial, qui sera aussi détaillé que possible, ce sera la pièce essentielle du marché, il comportera les plans d'exécution.

Quant au bordereau de prix, on ne voit pas qu'il soit utile, puisque le prix est fixé de façon globale.

Ce marché a l'avantage de laisser à l'entrepreneur toute sa liberté d'action, et son initiative peut se donner libre cours; de plus il simplifie les rapports de l'entrepreneur et de l'administration, mais par contre celle-ci ne reste pas aussi maîtresse de l'œuvre que dans les autres marchés, puisqu'elle ne peut apporter aucune modification au projet.

Le marché sur série de prix est caractérisé par ce fait, que le total des ouvrages à faire n'est pas déterminé et par suite la dépense n'étant pas fixée, il jouit d'une grande élasticité. Il fait anthithèse au marché à forfait.

Dans ce marché il n'y a de fixé que le prix de chaque nature d'ouvrage par les séries de prix, lesquelles « sont des catalogues où chaque acte de chaque

métier est évalué à un prix surélevé » normalement ces séries sont établies pour être frappées d'un rabais. Ceci est exact lorsque des revisions assez fréquentes mettent les séries en harmonie avec les prix pratiqués couramment, mais il arrive parfois qu'au lieu d'offrir un rabais, l'entrepreneur doit demander une augmentation.

Ici l'entrepreneur est à la merci de l'administration qui peut ne lui faire exécuter que très peu de travail comme elle peut en exiger une quantité considérable, elle peut aussi ne faire exécuter que des travaux désavantageux.

En somme, l'entrepreneur sait bien que si on lui commande tel travail il lui sera payé tel prix, mais il ignore ce qu'on lui commandera.

Ce qui est invariable ce sont les prix de la série, mais le travail est des plus incertains — Ses calculs sur les chances de son marché sont donc très aléatoires, car il n'y a pas cette flexible et intelligente adaptation du prix à la besogne, que réalise le marché à l'entreprise dit aussi à l'unité de mesure.

C'est le marché qui entraîne le plus de dépassements de crédits, on ne sait pas où l'on va, il ne limite ni les engagements de l'entrepreneur, ni les dépenses à payer par l'administration.

Ce marché peu usité également dans le service des Ponts et Chaussées s'emploie surtout pour les travaux du génie militaire exigeant le secret et la rapidité.

Les pièces à communiquer seront ici : Le cahier des clauses et conditions générales, le devis descriptif ou cahier des charges spécial à l'entreprise et le bordereau ou série de prix.

Enfin le marché à l'unité de mesure est le mode normal de l'administration des Ponts et Chaussées.

Dans ce marché non seulement le prix de chaque ouvrage est fixé à l'unité de mesure, mais sont déterminées également la quantité d'ouvrage à effectuer pour chaque nature d'ouvrage et la quantité d'ouvrage à effectuer au total.

C'est celui dans lequel l'entrepreneur sait le mieux ce qu'on lui demande, son engagement est limité et l'administration sait ce qu'elle dépensera.

Elle reste maîtresse de l'ouvrage et sous certaines conditions et dans certaines limites, si les événements motivent des changements, elle pourra les effectuer, mais l'entrepreneur ne sera pas sans armes comme dans le cas du marché sur série de prix.

La pièce essentielle sera le détail estimatif, puisque c'est d'après ses évaluations que seront basées les réclamations de l'entrepreneur.

L'art. 6 du cahier des charges de 1910 énonce les pièces constitutives du marché.

Ce sont, outre le procès-verbal d'adjudication et le cahier des clauses et conditions générales, pièces communes à tous les marchés, le devis descriptif, le détail estimatif et le bordereau des prix.

Il faut y ajouter le bordereau constatant le taux normal et courant des salaires et la durée normale et courante de la journée de travail.

Pour l'administration des Ponts et Chaussées, l'évaluation des quantités de chaque ouvrage qui caractérise le marché à l'unité de mesure, prend quelquefois le nom d'avant-métré.

Cette pièce est divisée en sections.

Pour la construction d'une route par exemple, il y aura dans l'avant-métré, une section relative aux déblais, une section relative aux ouvrages d'art à construire où on les indiquera sommairement.

Puis pour chaque groupe d'ouvrage on constituera une sous-section, laquelle sera subdivisée en autant d'articles séparés qu'il comporte de travaux de construction de natures différentes.

Le détail estimatif vient ensuite et applique par article, par sous-section, par section, les prix qui figurent au bordereau, et il aboutit à une évaluation de la dépense d'une façon fragmentée. Si l'on totalise ces diverses dépenses partielles, on obtient dans le détail estimatif, la dépense totale prévue au marché.

Du principe de l'adjudication

Quelle que soit d'ailleurs la forme adoptée, tous les marchés de l'État (1), des départements (2) et des

(1) Décret du 18 novembre 1882.

(2) Avis du Conseil d'État du 27 juin 1889 et circulaire ministérielle du 25 juillet 1889.

communes (1), sont soumis au principe de l'adjudication, sauf des exceptions limitativement énumérées.

Le décret du 18 novembre 1882 art. 1^{er} dispose :

« Les marchés de travaux, fournitures ou transports au compte de l'État, sont faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées à l'art. 18 ci-après ».

C'est donc une obligation pour l'administration de recourir à l'adjudication qui sera dès lors le mode normal de la formation de marché de Travaux publics.

L'habitude de recourir à l'adjudication est très ancienne.

D'après Malapert (2) les ouvrages publics à l'époque romaine étaient autorisés par des lois et des sénatus-consultes et l'acte qui ordonnait l'exécution, désignait le fonctionnaire qui y serait préposé. Celui-ci dressait le cahier des charges à imposer aux adjudicataires.

La loi ou le sénatus-consulte et les conditions de l'entreprise étaient publiées sur le tableau noir destiné aux affiches publiques.

Pour soumissionner il fallait avoir les aptitudes nécessaires pour exécuter les ouvrages.

« Au jour fixé, les enchères étaient ouvertes. Celui qui voulait avoir l'entreprise levait la main et faisait ses offres. L'adjudication était accordée à celui qui

(1) Ordonnance du 14 novembre 1837.

(2) *Historique de la législation des Travaux Publics.*

avait soumissionné aux meilleures conditions. L'acte était alors inscrit sur les registres publics et devenait obligatoire.»

Au Moyen-Age nous n'avons aucun texte.

D'ailleurs, après la chute de l'Empire romain, à l'époque de l'invasion de la Gaule par les Barbares, les travaux publics sont délaissés.

C'est le plus souvent par la main-d'œuvre militaire et par des prestations en travail, véritables corvées rigoureusement exigées, que leur construction est assurée. L'époque mérovingienne ne nous a légué que le souvenir des chaussées Brunehaut, dont bon nombre ne sont vraisemblablement que des voies romaines restaurées.

Sous l'impulsion vigoureuse de Charlemagne les travaux publics reprennent un essor et non seulement les œuvres anciennes sont restaurées, mais des édifices nouveaux sont construits.

Puis l'anarchie renaît et la construction et l'entretien des travaux publics ne sont plus assurés que par l'action des missi-dominici discurrentes, qui ordonnent des travaux dans leurs tournées. Aussi l'action des particuliers fut-elle à cette époque plus effective que celle des rois.

Des congrégations religieuses telles que les frères Pontifes dans le Midi, s'adonnent à la conservation des œuvres établies et à la construction de nouvelles.

Il va sans dire, qu'avec un pareil régime sauf quel-

ques ordonnances sans importance, aucun texte ne régit les travaux publics.

Il faut arriver en 1535 pour trouver une ordonnance disant qu'il fallait donner les travaux aux entrepreneurs qui en seraient chargés, après adjudication au rabais.

Mais pour avoir une idée de la rigueur des règles pratiquées, il suffit de se rappeler les fortunes immenses établies par Fouquet, Richelieu, Mazarin et autres en prenant des intérêts dans les adjudications.

Avec Colbert les règles se précisèrent et un arrêt du Conseil du Roi du 4 juin 1668 régla comment on devait faire l'adjudication des travaux des turcies et levées.

Puis le procédé des adjudications avec rabais se généralise, et un édit de juillet 1689 l'édicte pour les travaux des villes et ceux qui sont payés sur les fonds du Trésor.

A la même époque les pays d'État pratiquent couramment ce procédé. La correspondance de Colbert avec les intendants est très instructive à ce point de vue.

Dans les adjudications du ^{xvii}e siècle, les enchères avaient lieu à la chaleur des feux, aussi étaient-elles de nature à surexciter les entrepreneurs. On trouve dans l'ouvrage de M. Malapert l'indication des formes anciennes, qui sont de nature à édifier :

« Au jour indiqué par des affiches et des publica-

tions s'il s'agissait de travaux civils, le bureau des finances était réuni sous la Présidence de l'intendant de la généralité. Le Procureur général du Parlement dans le ressort duquel le travail devait être exécuté était présent ou représenté. L'intendant faisait connaître les noms des entrepreneurs admis à enchérir. L'huissier allumait un premier feu et criait le prix de l'estimation en indiquant les personnes présentes et autorisées à proposer leurs rabais. Les entrepreneurs baissaient les uns après les autres le prix auquel ils voudraient faire les travaux, et quand trois feux s'étaient éteints depuis la dernière enchère, l'adjudication était prononcée en faveur de qui avait demandé le moindre prix.

C'était la simple constatation de la dernière offre.

Si le procureur ou le substitut ne trouvait pas le rabais assez fort, il réclamait une nouvelle mise aux enchères qui avait lieu huit jours après la première; il pouvait en être demandé une troisième. Enfin, lorsque le procureur général ne s'opposait plus, le procès-verbal était adressé au ministre. Si ce haut dignitaire suivait les errements reçus, il vendait son approbation et s'associait à toutes les malfaçons des adjudicataires.

Si par hasard les ingénieurs se trouvaient capables de remplir leurs fonctions et avaient la volonté de le faire, ils étaient pris dans cet engrenage et ne pou-

vaient guère en sortir, sans y laisser leur honneur ou leur position.»

S'il s'agissait de travaux d'une certaine importance, les enchères avaient lieu à Paris devant le Conseil du roi en présence du procureur général. Par la suite les adjudications furent modifiées dans la forme; les ingénieurs en vinrent à choisir leurs entrepreneurs prétextant qu'ils avaient besoin d'hommes de confiance.

Pour atteindre ce but une manœuvre fort simple consistait à évincer les soumissionnaires autres que celui que désirait l'ingénieur ou les compères amenés par lui.

Cette pratique scandaleuse ne pouvait manquer de soulever des réclamations, aussi pour calmer le public on introduisit l'usage des soumissions cachetées.

Colbert n'envisageait les adjudications que fonctionnant avec des règles sévères ayant pour but d'empêcher des rabais excessifs, qui sont toujours une cause de ruine pour les entrepreneurs et de mauvaise exécution des travaux. En même temps il désirait qu'on exigeât de bonnes cautions.

Au XVIII^e siècle, la pratique des adjudications se maintient et en 1764 Choiseul recommande aux intendants ce procédé, tout en remarquant que si les rabais étaient portés au delà de leurs bornes par la

jalousie où l'entêtement des concurrents, le bien du service serait compromis et que l'on ne pourrait avoir nulle confiance dans les entrepreneurs chargés des travaux à leur perte et ne pouvant se récupérer que par l'infidélité.

La Révolution conserva le principe de l'adjudication.

Sous la Constituante, lorsque les projets étaient approuvés, ils étaient renvoyés au Directoire du département pour être exécutés et les travaux étaient alors mis aux adjudications au rabais.

Un arrêté du 19 ventôse an II charge les préfets de procéder aux adjudications. Une dispense était accordée dans les cas urgents lorsque la dépense n'excédait pas 3.000 francs.

A la fin du Consulat intervint le décret du 16 frumaire an XIV (7 déc. 1805) relatif aux autorisations nécessaires pour les constructions et réparations des hospices et des établissements charitables.

Sous l'Empire les dispositions de ce décret furent étendues aux travaux communaux par le décret du 17 juillet 1808.

L'administration est obligée de recourir à la concurrence et à la publicité pour ces travaux.

Mais les formes suivant lesquelles doivent avoir lieu les adjudications pour les travaux des Ponts et Chaussées sont précisées par l'ordonnance du 16 mai 1829, art. 9 : « Les adjudications relatives aux

travaux dépendant de l'administration des Ponts et Chaussées auront lieu à l'avenir sur un seul concours et par voie de soumissions cachetées ».

A la suite de la Révolution de 1830, et des scandales qui avaient eu lieu dans des marchés de fournitures, on proposa d'imposer au Gouvernement pour tout marché supérieur à 100.000 francs l'obligation de le passer avec concurrence et publicité. C'était l'interdiction des marchés de gré à gré pour les travaux de quelque importance. Mais on n'alla pas jusque là, la loi de finances du 31 janvier 1833, art. 12 se borne à décider qu'une ordonnance qui interviendra ultérieurement règlera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du Gouvernement, et que tous les ans, il sera fourni aux Chambres un état sommaire de tous les marchés de 50.000 francs et plus.

Ce fut le point de départ de la réglementation des formalités des adjudications par ordonnance et par décret.

En vertu de cette loi, fut prise l'ordonnance du 4 décembre 1836 dont l'art. 1^{er} est ainsi conçu :

« Tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publicité », puis dans son art. 2 elle énumère les exceptions au principe.

Voilà le texte bien formel faisant à l'administration une obligation de recourir à l'adjudication, et non pas à une adjudication quelconque, mais

à une adjudication dont tous les détails sont prévus d'une façon réglementaire. C'est là une règle du contrat d'entreprise qui est absolument en dehors du droit commun.

L'administration n'est pas libre de contracter à sa guise.

Le 14 novembre 1837 une autre ordonnance vint étendre ce principe aux travaux des communes et en régler les détails. Une considération spéciale s'ajoute ici — l'administration centrale y trouve comme un supplément de contrôle sur les administrations locales, comme un complément de la tutelle administrative, ce qui facilite la décentralisation.

L'ordonnance de 1836 fut complétée par les art. 45 et s. du règlement général sur la comptabilité publique du 31 mai 1838 qui furent à leur tour remplacés par les art. 68 à 81 du règlement général sur la comptabilité publique du 31 mai 1862.

Enfin le décret du 18 novembre 1882, qui a conservé beaucoup de l'ordonnance de 1836, règle aujourd'hui la matière. Son article 29 décide : « Sont et demeurent abrogés l'ordonnance du 4 décembre 1836 et les art. 68 à 81 du décret du 31 mai 1862 portant règlement sur la comptabilité publique, ainsi que toutes les dispositions contraires au présent décret ».

Ce décret a été complété lui-même par : 1^o Le décret du 4 juin 1888 relatif à l'admission des sociétés d'ouvriers français aux adjudications des travaux

de l'État; 2^o Les art. 1 à 8 des clauses et conditions générales du service des Ponts et Chaussées du 16 février 1892 remplacés aujourd'hui par les articles correspondants du nouveau cahier du 29 décemb. 1910.

Enfin il y a lieu de consulter les deux circulaires ministérielles des 29 et 30 décembre 1910.

Cet historique terminé on doit se demander quelles sont les raisons, qui ont ainsi amené l'administration à employer le procédé de l'adjudication. On y voit le moyen d'obtenir des conditions plus avantageuses pour l'administration par le libre jeu de la concurrence, empêchant les ententes entre entrepreneurs, et le moyen de mettre l'administration à l'abri de tout soupçon de favoritisme.

A ce point de vue, on a déjà cité ce passage du ministre de l'Intérieur sur le décret de décentralisation du 29 avril 1861.

« Toutes les affaires doivent être traitées au grand jour, surtout quand il s'agit de travaux et de fournitures. Toutes les entreprises doivent être adjugées sous les yeux des populations et sous l'aiguillon de la liberté des enchères. Publicité et concurrence, voilà malgré des assertions contraires les meilleures règles en pareille matière. Il importe au plus haut degré que l'administration échappe, non seulement à l'abus, mais au soupçon. »

Il faut donc que l'égalité la plus absolue règne entre les concurrents.

De tout ceci il résulte qu'il y a obligation pour l'administration de recourir à l'adjudication, sauf les cas prévus à l'art. 18 du décret de 1882 et qui feront l'objet d'un chapitre spécial sur les marchés de gré à gré.

A cette obligation devrait correspondre le droit pour tout entrepreneur susceptible de soumissionner, et pour tout contribuable agissant au nom de l'intérêt collectif, de demander l'annulation de tout marché de gré à gré passé par l'administration en dehors des cas limitativement prévus.

Sur cette question, la jurisprudence du Conseil d'État a varié.

Au lendemain des ordonnances de 1836 et 1837, le Conseil d'État, admettant que les règles posées par ces ordonnances étaient d'ordre public, puisqu'elles touchaient à la bonne gestion de l'État ou des Communes, a décidé par deux arrêts des 1^{er} septembre 1841 et 27 février 1845, qu'on doit tenir pour nuls, soit au regard des entrepreneurs, soit au regard de l'administration elle-même, les marchés conclus de gré à gré sans concurrence ni publicité en dehors des cas prévus.

De plus ces règles ont pour but de permettre à tous ceux qui remplissent les conditions, l'accès des adjudications. Puis, le Conseil d'État, changeant de thèse, a dans un arrêt du 4 juillet 1874, décidé que la nullité, résultant du défaut de concurrence et de

publicité, n'était qu'une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par l'administration, au nom de l'État ou de la Commune. Elle ne peut être invoquée par l'entrepreneur parce que les règles de concurrence et de publicité ne sont pas édictées dans son intérêt, mais dans l'intérêt exclusif de l'État ou des Communes. Allant plus loin, il déclara même dans un arrêt du 18 mai 1877 que les règles de publicité et de concurrence n'étaient pas d'ordre public, « mais constituaient des règles d'ordre intérieur et d'administration, dont l'inobservation ne peut être invoquée par l'État vis-à-vis du tiers qui a contracté avec lui comme une cause de nullité du contrat ». Ceci revient à dire qu'il n'y a pas de sanction; aussi dans des arrêts postérieurs, le Conseil d'État revient-il à sa thèse de la nullité relative.

Cette jurisprudence qui dénaturait le sens et la portée des ordonnances, donna lieu à une campagne législative qui amena le dépôt de propositions de lois, tendant au retour à la nullité absolue. Sur ces entrefaites, parut le décret du 18 novembre 1882, dont l'esprit était d'affirmer le caractère d'ordre public de la règle de la concurrence et de la publicité, et par suite le caractère absolu de la nullité résultant de son inobservation. Cependant la jurisprudence du Conseil d'État continue à ne pas admettre le recours pour excès de pouvoir, exercé par un entrepreneur, contre un marché de gré à gré, passé en dehors des

cas prévus. Certains auteurs, et notamment Dousaud, déclarent que le Conseil d'État admet la nullité, puisqu'il reconnaît qu'il appartient aux tribunaux administratifs d'examiner la régularité des adjudications et d'en apprécier les suites dommageables, arrêt du 5 décembre 1884.

C'est à mon sens passer à côté de la question.

Sans doute, le Conseil d'État admet la nullité quand le principe d'égalité entre concurrents admis à une adjudication, a été violé. Mais alors, c'est parce qu'il y a adjudication et que le seul fait d'être inscrit sur la liste des soumissionnaires fait naître un droit au profit de l'entrepreneur, et notamment le droit à l'observation des formes de l'adjudication. Mais, dans l'espèce ci-dessus, il n'y a pas adjudication; au contraire on l'évite là où l'on devrait y recourir; les mêmes règles ne sont donc pas applicables aux deux cas.

On a pu dire que les règles posées par les ordonnances de 1836 et 1837 ainsi que par le décret de 1882 ont une valeur légale, puisque ces textes ont été rendus en vertu de l'art. 12 de la loi de 1833, mais cela n'implique pas qu'il en résulte une nullité absolue.

Les nullités relatives du Code civil émanent bien d'un texte législatif aussi. On a d'ailleurs exagéré la portée de cette discussion, car il faut bien reconnaître que les marchés de gré à gré, passés en dehors des cas prévus, sont assez rares étant donné qu'ils sont

subordonnés au principe de l'approbation du ministre (art. 19 du décret de 1882).

Il est donc vraisemblable que l'administration supérieure n'autorisera pas des marchés irréguliers.

Si l'on craint qu'elle ignore l'irrégularité, les intéressés pourront toujours, par un recours gracieux au ministre, l'informer de ce qui se passe.

Il est vrai que si l'administration supérieure approuve quand même, l'approbation ne saurait couvrir les vices dont le marché est entaché et la question de la nullité reste entière. Faudra-t-il admettre que le marché sera pleinement valable, et qu'aucune mesure ne pourra être prise contre l'administration ?

Certainement non, car l'art. 12 de la loi du 31 janvier 1833 ajoute : « Il sera fourni chaque année aux Chambres un état sommaire des marchés de plus de 50.000 francs passés dans le courant de l'année échue.

Ceci marque bien que le législateur a entendu rendre le ministre responsable devant les Chambres des marchés irrégulièrement passés. Ce sera la sanction la plus logique.

Les règles édictées sur la concurrence et la publicité peuvent se diviser en deux groupes.

Dans le premier figure le *principe* de la publicité et de la concurrence édicté en faveur de l'administration, et servant à déterminer la forme dans laquelle le marché sera passé.

Dans le deuxième groupe figurent les *déductions*

du principe, les règles qui en résultent au point de vue de la procédure de l'adjudication, fixant les conditions dans lesquelles les entrepreneurs pourront y participer.

Si l'administration n'a pas observé le principe, elle n'a pu léser que ses propres intérêts, elle seule peut souffrir de n'avoir pas obtenu un rabais suffisant.

Si elle avait voulu, rien ne l'empêchait d'exécuter les travaux en régie et personne n'aurait pu réclamer; il ne saurait donc y avoir nullité absolue.

Mais il ne faut pas pousser trop loin cette idée, car si les entrepreneurs n'ont pas un droit acquis à voir mettre les travaux en adjudication, de façon à courir les chances de les exécuter et d'en tirer un bénéfice, ils n'en ont pas moins en tant qu'exerçant une profession patentée, le droit de vivre de leur métier. S'ils achètent un matériel considérable, courent des risques et engagent des frais généraux, c'est en vue des travaux que l'administration mettra en adjudication, et il n'appartiendrait pas à celle-ci d'en favoriser quelques-uns au grand préjudice de la masse.

Il est vrai, que si les abus prenaient une certaine proportion, la responsabilité du ministre devant les Chambres produirait son effet.

En admettant le principe de la nullité relative, il ne faudra admettre l'administration à poursuivre l'annulation du marché que si l'entrepreneur qui a

contracté avec elle était de mauvaise foi et connaissait l'irrégularité commise.

Reste à envisager l'action d'un contribuable, puisque ainsi qu'il a été dit plus haut, les règles de publicité et de concurrence ont été édictées en faveur des finances publiques.

La question ne saurait se poser que pour les marchés des communes

La nullité pour inobservation du principe de l'adjudication, étant relative, c'est au nom de la commune seule que la nullité pourra être invoquée, c'est-à-dire que l'entrepreneur co-contractant ne pourra pas l'invoquer.

Mais, conformément aux dispositions de la loi municipale du 5 avril 1884, art. 123, tout contribuable inscrit au rôle de la commune, a le droit d'exercer à ses frais et risques, avec l'autorisation du Conseil de Préfecture les actions qu'il croit appartenir à la commune, que celle-ci préalablement appelée à en délibérer a refusé ou négligé d'exercer.

La commune est mise en cause et la décision qui intervient a effet à son égard.

Cette action est une véritable action en nullité du contrat de marché des travaux passé de gré à gré.

Elle devra être portée devant le Conseil de Préfecture en premier ressort, et devant le Conseil d'État en appel.

Le juge du contrat devra examiner quelle influence

a pu avoir cette irrégularité au point de vue de la validité du contrat, et quels droits peuvent être nés au profit de l'entrepreneur par suite d'un commencement d'exécution ou de l'achèvement des travaux, droits qui nonobstant tout vice de forme doivent être respectés.

Un autre recours accordé au contribuable résulte de la jurisprudence actuelle de Conseil d'État, arrêté du 4 août 1905. Leb. p. 151 (conclusions de M. Romieu, commissaire du Gouvernement) qui considère que les contribuables sont personnellement intéressés à ce que les actes administratifs, relatifs à la gestion du patrimoine communal soient accomplis dans les conditions prescrites par la loi; ils ont donc un recours en annulation contre les actes administratifs qui ont pu intervenir, afin de décider un marché de gré à gré, tels que délibération du conseil municipal, arrêté du Préfet approuvant le marché; ces actes pris en violation de la loi constituent des excès de pouvoir.

Le Conseil d'État en permettant de critiquer ces actes pris isolément, en dehors du contrat qu'ils ont fait naître, a abandonné son ancienne théorie de l'incorporation, d'après laquelle, tous les actes administratifs ayant concouru à préparer un acte de gestion, se trouvaient, par l'exécution ou le commencement d'exécution de l'acte en gestion, incorporés à lui et ne pouvaient plus en être détachés à l'effet d'être isolément critiqués.

Aujourd'hui, un contribuable pourra donc au lieu d'agir en nullité du marché devant le juge du contrat, faire tomber les actes administratifs qui l'ont précédé, soit par un recours en annulation, contre les délibérations du conseil municipal (art. 63 et s. de la loi de 1884), soit par un recours en excès de pouvoir contre l'acte de tutelle administrative.

C'est ce que l'on a résumé en disant que le contribuable a droit à une gestion légale du patrimoine de la commune par le conseil municipal.

Mais malgré l'annulation des actes administratifs, le marché qui en est résulté, subsiste entre les parties, étant donné son caractère contractuel jusqu'à ce que, par une action en nullité devant le juge du contrat, on en ait obtenu l'annulation.

Il suffit d'ailleurs, pour se convaincre, de s'en rapporter aux termes mêmes de M. Romieu :

« Vous savez bien que les annulations pour excès de pouvoir, n'ont dans bien des cas qu'un caractère purement platonique. Le juge de l'excès de pouvoir n'a qu'à examiner si l'acte administratif attaqué doit ou non être annulé, en raison du vice qui lui est reproché, il n'a pas à se préoccuper des conséquences positives ou négatives de son jugement. Si l'administration refait selon les formes légales l'acte irrégulier à son origine, ce sera le meilleur hommage à votre décision. Si d'autre part, les parties n'entendent pas

se prévaloir de l'illégalité constatée, ou si le juge du contrat estime que les liens contractuels peuvent subsister nonobstant cette irrégularité, l'annulation que vous avez prononcée aura toujours pour effet de dire le droit, de ne pas fermer le prétoire aux citoyens usant de la faculté que la loi leur reconnaît de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le retour des pratiques condamnées.»

Est-ce que le marché dépouillé des actes administratifs qui ont servi à le conclure va perdre son caractère de travail public et devenir un contrat ordinaire, dont la nullité devra être poursuivie devant le juge civil.

Non, je ne le crois pas, car son caractère de travail public ne dépend pas des formalités qui l'accompagnent — dès lors qu'il répondait à la définition des travaux publics, il ne peut changer de nature, et après avoir obtenu devant le Conseil d'État la nullité des délibérations illégales, c'est au Conseil de Préfecture qu'il faudra demander la nullité du marché.

On peut donc supposer qu'un entrepreneur qui n'aurait pas pu exercer de recours contre un marché de gré à gré passé irrégulièrement, pourra le faire en qualité de contribuable pour les travaux de sa commune.

Mais pour les travaux départementaux, aucune disposition de la loi de 1872 ne permet à un contribua-

ble d'exercer au nom du département l'action en nullité, existant au profit du département.

Différentes sortes d'adjudications

Le principe de la concurrence et de la publicité étant acquis, il ne sera vraiment appliqué sans restrictions que dans l'adjudication ordinaire, car l'administration peut procéder de trois manières différentes, soit ainsi que je viens de le dire par adjudication ordinaire, soit par adjudication restreinte, soit par adjudication sur concours. Les adjudications ordinaires sont celles où sont admis tous ceux qui remplissent les conditions prévues par le décret de 1882 et le cahier des charges ; il leur suffira de justifier de leur capacité et de leur solvabilité dans les conditions qui seront étudiées ci-après en même temps que les règles sur la publicité de ces adjudications. Cette adjudication est toujours faite sur rabais.

Les adjudications restreintes sont celles où ne sont admis que les entrepreneurs appelés par l'administration ; leur légalité est établie par l'art. 3 du décret du 18 novembre 1882, ainsi conçu :

« Les adjudications publiques relatives à des fournitures, travaux, transports exploitation ou fabrication qui ne peuvent être, sans inconvénient, livrés à une concurrence illimitée, sont soumises à des restrictions permettant de n'admettre que les soumissions qui émanent de personnes reconnues capables

par l'administration, au vu des titres exigés par le cahier des charges et préalablement à l'ouverture des plis renfermant les « soumissions ».

Cette capacité doit être, vu les cas, appréciée discrétionnairement par l'administration.

Ces adjudications comportent deux étapes.

Un premier avis de publication annonce qu'il sera procédé, à une date qui sera fixée ultérieurement, à l'adjudication de tels travaux,

Cet avis a pour but d'inviter les concurrents qui désirent prendre part à l'adjudication, à faire une demande à l'ingénieur en chef en y joignant les pièces établissant leur capacité; il donne la date à laquelle le tout devra parvenir à l'ingénieur en chef.

Cet avis est inséré au *Journal officiel* et reçoit la même publicité que les arrêtés des adjudications ordinaires; l'administration a abandonné sa prétention de pouvoir restreindre la publicité de l'adjudication en n'y appelant que les candidats par elle admis.

Ces demandes sont instruites et la liste des personnes admises à concourir est arrêtée, dans une séance spéciale tenue avant l'adjudication par le préfet assisté de deux membres du Conseil de préfecture et de l'ingénieur en chef. Les entrepreneurs susceptibles d'être éliminés doivent être convoqués officiellement à cette séance.

Si les travaux présentent une importance exceptionnelle, le ministre peut se réserver d'arrêter lui-

même la liste des concurrents, après avis d'une commission spéciale comprenant des fonctionnaires et des représentants des collectivités intéressées contribuant à l'exécution des travaux (chambres de commerce, départements, villes), dans ce cas, c'est à cette commission qu'il appartient d'entendre les explications des concurrents dont l'admission soulève des objections.

Les personnes admises à prendre part à l'adjudication (2^e étape) sont avisées ultérieurement et directement par lettre recommandée, 20 jours au moins à l'avance, de la date et des autres conditions de l'adjudication. Il leur est adressé en même temps un exemplaire du dossier contenant les pièces qui doivent servir de base au marché.

Les pièces remises par les personnes non admises leur sont renvoyées avec l'avis que leur demande n'a pas été accueillie.

L'adjudication publique n'a donc lieu qu'entre un nombre restreint de candidats choisis par l'administration.

Une innovation consiste à distinguer les adjudications restreintes sur rabais et les adjudications restreintes sur offres de prix.

Antérieurement, l'adjudication avait lieu sur rabais, c'est-à-dire que les conditions du marché étant spécifiées par un cahier des charges, les prix du bordereau étant appliqués aux quantités d'ouvrages à exé-

cuter pour fixer une estimation, c'est sur ces prix que portait le rabais qui déterminait le choix de l'adjudicataire.

Dans le système nouveau de l'adjudication sur offres de prix, c'est aux soumissionnaires d'établir les prix d'adjudication de chacun des ouvrages dont les conditions d'exécution et les quantités de chaque nature ont été indiquées par l'administration.

C'est l'entrepreneur qui déterminera le montant de l'entreprise en appliquant aux projets dressés par l'administration les prix qu'il aura établis lui-même. Les prix seront laissés en blanc dans le bordereau et le détail estimatif et seront remplis par les soumissionnaires qui joignent à leurs propositions dans un cahier spécial le sous-détail de leurs prix d'application. Ce système présente des avantages surtout pour l'administration.

L'entrepreneur, désireux de soumissionner les travaux étant obligé d'étudier l'estimation dont il doit fournir les éléments, ne pourra plus dans le cas de variations dans les quantités des diverses natures d'ouvrages prévues, baser des réclamations sur ce que certains prix sont insuffisants alors que d'autres sont très rémunérateurs. Les entrepreneurs ne sauraient donc apporter trop de soin à établir ces prix car ils se donnent des verges pour se fouetter.

L'administration trouvera donc cette double garantie et d'éviter les difficultés dans les règlements des

comptes en raréfiant les cas de réclamations, et de s'assurer une bonne exécution des travaux.

Un inconvénient apparaît dans le système au point de vue de la désignation de l'adjudicataire, laquelle ne pourra être faite séance tenante, que sous réserve de la vérification ultérieure des calculs de l'estimation la plus avantageuse.

« Le résultat ne peut être proclamé qu'à titre provisoire à la séance d'adjudication; après la séance, l'ingénieur en chef procède, dans un délai de 48 heures, à la vérification des détails estimatifs présentés par les entrepreneurs, il rectifie en rouge les erreurs de calcul. Lorsque ces erreurs ne changent pas le résultat de l'adjudication, il n'est pas nécessaire d'aviser les concurrents; dans le cas contraire, le bureau se réunit à nouveau et proclame le nouvel adjudicataire dans une séance publique à laquelle sont convoqués par les soins de l'ingénieur en chef, les entrepreneurs qui ont présenté des soumissions. L'entrepreneur déclaré adjudicataire doit fournir une nouvelle expédition, revêtue de sa signature, du détail estimatif rectifié. » La commission interministérielle des marchés de travaux publics instituée par le décret du 22 juin 1908 recommande ce système pour les travaux d'une certaine importance, car il exige de la part des entrepreneurs appelés à soumissionner, une étude préalable particulièrement sérieuse des conditions d'exé-

cution des ouvrages et par suite une compétence particulière.

La circulaire ministérielle du 30 décembre 1910 le recommande à son tour, notamment aux travaux d'infrastructure des chemins de fer construits par l'État ainsi qu'aux travaux analogues de la navigation intérieure et des ports maritimes.

Peut-on dire que ce système comporte un marché à forfait?

Non certainement, car les quantités ne sont pas immuables l'administration restant maîtresse de faire des changements, de plus l'application des prix aux quantités est vérifiée par l'administration, ce qui détruit la caractéristique du forfait établi par l'entrepreneur à ses risques et périls.

En l'espèce l'entrepreneur ne fait qu'établir le bordereau des prix. Une troisième modalité de l'adjudication est le concours.

Ici l'administration se contente d'établir un programme, un plan d'ensemble, elle indique le but à atteindre.

Ce sera aux entrepreneurs d'établir les projets techniques, les conditions et les délais d'exécution ainsi que le prix. C'est sur le mérite des divers éléments de ces propositions que porte le concours. Ce procédé tient à la fois de l'adjudication en ce sens que le marché est passé avec publicité et concurrence mais surtout du marché de gré à gré en ce sens que l'adminis-

tration se réserve, lorsqu'elle ouvre un concours, toute liberté pour traiter avec l'auteur des propositions qui lui paraissent les meilleures, alors même qu'elles ne correspondraient pas à la moindre dépense.

Ces marchés sont passés par application du paragraphe 5 de l'art. 18 du décret du 18 novembre 1882, ainsi conçu : « Il peut être passé des marchés de gré à gré :

« Pour les ouvrages et objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou industriels éprouvés. »

Le concours est annoncé par un avis qui est inséré au *Journal Officiel* et reçoit la même publicité que les arrêtés d'adjudications ordinaires.

C'est là encore une innovation, car autrefois cet avis était adressé directement par l'ingénieur en chef à toutes les personnes jugées aptes à concourir, sans doute il pouvait être inséré dans les journaux, mais aujourd'hui, il doit paraître au *Journal Officiel*.

C'est la préoccupation de respecter le principe de publicité et concurrence qui a fait ouvrir le cercle.

On a reconnu qu'il était préférable de faire appel à toutes les initiatives plutôt que de se confiner aux quelques personnes appelées et connues de l'ingénieur en chef et par ce côté on se rapproche de l'adjudication.

Les personnes désireuses de prendre part au con-

cours adressent une demande à l'ingénieur en chef dans le délai prévu à l'avis ci-dessus et si leur demande est accueillie, elles en sont avisées, en même temps qu'on leur indique la date et les conditions du concours.

Cette admission au concours, c'est-à-dire l'établissement de la liste des concurrents à admettre est arrêtée par le Ministre sur la proposition des ingénieurs et d'une commission locale instituée à cet effet ainsi que sur l'avis du Conseil général des Ponts et Chaussées.

La même procédure est suivie pour la rédaction du programme et pour la décision à prendre sur les résultats du concours.

Toutefois l'intervention de cette commission n'est pas obligatoire pour la rédaction du programme du concours, pas plus que pour le choix des concurrents à admettre, à moins que l'ingénieur en chef estime qu'un ou plusieurs concurrents doivent être évincés, auquel cas ils doivent être entendus par la Commission qui établit ensuite la liste à soumettre au ministre.

Le choix du projet qui sera admis est l'œuvre principale de la commission locale. Afin de s'éclairer le plus possible, elle convoque les concurrents qui expliquent leur projet et elle provoque leurs observations sur les points essentiels.

La commission, après avoir fait choix du projet qui lui semble mériter la préférence peut cependant

y demander des changements et engager des pourparlers avec son auteur se réservant de revenir sur son choix si les pourparlers n'aboutissent pas à des propositions définitives acceptables.

La Commission peut également retenir plusieurs projets qu'elle juge les meilleurs, mais dont aucun n'est complètement satisfaisant, elle en avise les auteurs et en leur signalant les améliorations désirables, leur demande de produire de nouvelles propositions dans un délai restreint qu'elle fixe.

C'est sur l'examen de ces propositions nouvelles, ouvertes en présence des concurrents, que la commission locale arrête son avis.

L'administration jouit d'ailleurs pour le choix du projet de toute sa liberté, elle a toute latitude de demander des modifications, de ne pas donner suite au concours si aucune des propositions reçues ne lui paraît acceptable, soit au point de vue technique, soit à raison des prix demandés.

Son choix est d'ailleurs déterminé bien plus par la valeur technique du projet que par le rabais.

En résumé, c'est un concours ouvert dans des conditions déterminées pour aboutir à un marché de gré à gré, à passer, après le résultat obtenu du concours, avec le concurrent primé. On peut ajouter que ce sera un marché à forfait.

Pour faciliter l'accès du concours à un nombre d'entrepreneurs, aussi grand que possible, la circulaire

ministérielle du 30 décembre 1910 prévoit un mélange assez curieux de concours et d'adjudication restreinte sur offres de prix.

Au programme du concours on peut joindre le projet complet dressé par les ingénieurs.

Les concurrents admis auront alors le choix : ou de soumissionner sur le projet de l'administration par une offre de prix ; ou de soumissionner en produisant le projet établi par eux, accompagné de leur prix et des conditions et délai d'exécution qu'ils proposent ; ou de produire simultanément deux soumissions dressées dans chacune des deux hypothèses.

Il va de soi que les ingénieurs ayant préparé le projet des travaux ne peuvent être ni président, ni secrétaire, ni rapporteur de la commission locale.

La préoccupation de l'administration de faire appel aux initiatives privées s'accroît de plus en plus, mais il ne faut pas perdre de vue que c'est tout à son avantage, car outre qu'elle évite des difficultés de règlement, elle se décharge de la responsabilité de l'établissement des plans, des calculs de résistance... sur le dos de l'entrepreneur.

Il est intéressant de se reporter en arrière et de comparer l'esprit de l'administration de 1811 et de 1833 à celui de l'administration actuelle.

Autrefois l'entrepreneur était à la merci de l'administration, on le considérait presque comme un agent écrasé par la supériorité des ingénieurs des

Ponts et Chaussées; non seulement on se serait bien gardé de lui demander un avis, mais il devait exécuter aveuglément les ordres donnés. Les ministres actuels ainsi qu'on peut en juger par une déclaration faite au Sénat dans une séance du 19 janvier 1909 n'envisagent plus les choses de la même façon.

« Un projet établi par un ingénieur, a-t-il été déclaré, n'est pas un projet définitif, dont l'infailibilité résulte d'une sorte d'infailibilité professionnelle. Quelque soit ma confiance dans mes ingénieurs, je me garderai bien de proclamer leur infailibilité; j'estime qu'il ne faut pas repousser, mais au contraire solliciter le concours des entrepreneurs, il y a là une émulation, une rivalité, une concurrence qui sont susceptibles de produire les meilleurs effets ». Ce rapprochement est éloquent et se passe de tout commentaire. Le concours est employé surtout pour les marchés concernant le matériel des dragages et l'outillage des ports maritimes.

Son avenir sera dans les grands travaux publics dont l'exécution peut comporter plusieurs solutions et nécessiter l'emploi d'un matériel important et de moyens d'exécution puissants ainsi que dans les travaux dont l'étude et l'exécution paraissent devoir être avantageusement confiées à des spécialistes.

C'est surtout là que les idées nouvelles et les conceptions hardies pourront naître de la mise en action d'un grand nombre d'intelligences.

Formalités préalables à l'adjudication

Revenant à l'étude des adjudications ordinaires, il y a lieu de signaler rapidement les formalités préalables communes à toutes les adjudications. Elles sont d'ordre intérieur et consistent dans :

I. La préparation des projets qui comportent d'une part des études sur le terrain, d'autre part des formalités administratives se décomposant en :

a) Formalités d'ordre intérieur se ramenant à la rédaction des projets étudiés par des fonctionnaires subalternes et transmis ensuite par les chefs d'unité supérieure ou de groupement.

b) Enquêtes destinées à consulter le public sur l'opportunité du travail et comprenant les enquêtes d'utilité publique, les enquêtes *de commodo et incommodo* et les enquêtes parcellaires.

c) Conférences se distinguant en conférences mixtes et conférences de service à service.

II. L'autorisation des travaux qui comporte différentes phases :

1^o Détermination des autorités à qui il appartient de décider de l'exécution des Travaux publics.

De la loi du 27 juillet 1870, il résulte que tous les grands travaux doivent être autorisés, par une loi; seuls parmi ceux-ci certains travaux de moindre importance peuvent ne faire l'objet que de décrets

d'autorisation. Dans tous les autres cas, c'est, pour les travaux de l'État, le Ministre et pour les travaux des départements et des communes, le Préfet qui autorisent.

2^o Déclaration d'utilité publique quand il y a lieu.

3^o Approbation du projet, c'est-à-dire des dispositions techniques qu'il ne faut pas confondre avec l'autorisation accordée pour l'exécution des travaux. Elle résulte soit d'une décision du Ministre, soit, lorsque l'importance des travaux n'est pas considérable, d'une décision de l'autorité locale, agissant en vertu d'une délégation spéciale ou d'une délégation générale.

4^o Dotation des entreprises. C'est au Parlement seul qu'il appartient de créer les ressources nécessaires à l'exécution des travaux publics.

Ceci résulte de la loi du 27 juillet 1870. « En aucun cas, les travaux dont la dépense doit être supportée en tout ou en partie par le Trésor ne pourront être mis en exécution qu'en vertu de la loi qui crée les voies ou moyens ; ou d'un crédit préalablement inscrit à un des chapitres du budget ».

Si c'est au Parlement qu'il appartient d'ouvrir des crédits réguliers au budget ou d'accorder des dotations supplémentaires en cours d'exercice, nécessitées par l'exécution des travaux publics, c'est au Ministre d'employer ces ressources, en usant de son droit de se mouvoir dans les limites de ses chapitres.

Pour l'allocation des crédits nécessaires à la marche des travaux, une distinction a lieu dans la pratique.

Pour les travaux d'entretien, les crédits sont habituellement délégués au début de l'année aux chefs de service d'après une répartition opérée par le ministre et dans la limite de ces crédits les dépenses courantes sont effectuées sans qu'il soit besoin d'en référer à l'administration supérieure.

Pour les travaux neufs chaque travail ne doit être entrepris qu'après avoir été doté d'un crédit spécial résultant d'un arrêté ministériel.

Quelle est l'importance de ces mesures préalables par rapport à l'entrepreneur. Pourrait-on, par exemple, déclarer son marché non opposable à l'administration si elles n'avaient pas été observées, si les travaux n'avaient pas été régulièrement autorisés ou si un crédit spécial n'avait pas été ouvert par le ministre.

Non, on ne peut lui opposer ces inobservations, car en dehors de toute formalité son droit repose sur un contrat, et l'administration ne saurait refuser de lui payer ce qu'il a exécuté sur la foi du contrat, d'autant plus qu'il n'a pris aucune part à l'accomplissement des formalités en question.

Publicité dans les adjudications ordinaires

Les règles spéciales aux adjudications restreintes et aux concours ayant été exposées ci-dessus, il ne

reste plus pour en terminer avec la publicité dans les adjudications qu'à énumérer les formalités relatives aux adjudications ordinaires.

Les projets de travaux publics ayant été approuvés et les crédits régulièrement accordés, c'est à l'autorité préfectorale qu'il appartient d'assurer la publicité par la voie de l'affichage et au moyen d'annonces insérées dans les journaux du département, et cela sans exception, quel que soit le chiffre de l'adjudication.

En plus de cette publicité locale l'administration centrale, à Paris, fait paraître pour les adjudications d'au moins 20.000 francs, un extrait dans le *Journal officiel* dont une expédition lui est envoyée par le préfet.

Cet extrait fait connaître le lieu où l'on pourra prendre connaissance du cahier des charges, les autorités chargées de procéder à l'adjudication, le lieu le jour et l'heure fixés pour l'adjudication.

Dès que l'arrêté-affiche est imprimé le Préfet en envoie cinq exemplaires au ministre des Travaux publics, 25 jours au moins avant la date qu'il a fixée pour l'adjudication.

Pour les travaux métalliques ou en béton armé, d'une valeur de 20.000 francs et au-dessus, le préfet envoie en plus au ministre un exemplaire du dossier d'adjudication.

Le surlendemain de cet envoi les affiches et les dossiers d'adjudication peuvent être communiqués

par les préfectures aux journaux qui en font la demande (Circulaire ministérielle du 30 déc. 1910).

De plus la communication des pièces du projet, qui doit être considérée comme un complément de publicité, est faite aux entrepreneurs soit aux bureaux de la Préfecture, soit aux bureaux de l'ingénieur ordinaire, soit au ministère des Travaux publics pour les travaux métalliques ou en béton armé d'une valeur d'au moins 20.000 francs.

Ce dernier paragraphe explique l'envoi du dossier d'adjudication au ministère des Travaux publics, car ces travaux étant spécialisés, on a voulu que les entrepreneurs même éloignés du lieu d'exécution puissent soumissionner plus facilement.

Une innovation qui a pour objectif de faciliter l'étude du projet consiste en ce que, pour les ouvrages d'une valeur supérieure à 100.000 francs, un programme sommaire, résumant l'objet de l'entreprise la description des travaux et leur estimation, accompagné de croquis très sommaires indiquant le plan général des travaux et les dispositions d'ensemble des principaux ouvrages, sera envoyé aux entrepreneurs et aux personnes intéressées qui en feront la demande, à l'ingénieur en chef.

Il est certain que les renseignements pris dans les bureaux de la préfecture et autres seront utilement complétés par les indications ci-dessus.

Déclaration et références

Les entrepreneurs étant informés de l'adjudication, vont avoir à justifier pour pouvoir soumissionner :

1^o de leur capacité professionnelle par la production de références et de certificats de capacité;

2^o de leur solvabilité par le dépôt d'un cautionnement.

Le souci pour l'administration de s'assurer de la capacité des soumissionnaires a existé de tout temps.

C'est ainsi que dans le règlement du 31 décembre 1776, art. 23, on exigeait des concurrents un certificat d'aptitude.

Les cahiers de 1811, 1833, 1866 et 1892 exigeaient la production d'un certificat de capacité.

Le nouveau cahier des charges du 29 décembre 1910 a innové en remplaçant les certificats de capacité par les références.

Art. 2 : « Nul n'est admis à concourir aux adjudications s'il ne produit une déclaration indiquant son intention de soumissionner. A cette déclaration doivent être jointes des références. »

Cette obligation de produire une déclaration indiquant l'intention de soumissionner, qu'il ne faut pas confondre avec la soumission, est également nouvelle; elle fait connaître les nom et prénoms, qualité et domicile du candidat et son but est de permettre aux

ingénieurs de pouvoir se renseigner plus facilement et plus sûrement.

« Les références, dit le nouvel art. 3, consistent en une note émanant du candidat et indiquant le lieu, la date, la nature et l'importance des travaux qu'il a exécutés, ou à l'exécution desquels il a concouru, l'emploi qu'il occupait dans chacune des entreprises auxquelles il a collaboré, ainsi que les noms, qualité et domicile des hommes de l'art sous la direction desquels les travaux ont été exécutés. Les certificats délivrés par les hommes de l'art peuvent être joints à la note. »

On a voulu donner par là aux candidats la facilité de justifier de leur capacité par tous les moyens possibles, sans qu'ils soient astreints à la forme déterminée des certificats et permettre à des entrepreneurs nouvellement établis qui n'ont encore pu effectuer d'importants travaux, mais qui cependant comme chefs de chantiers, commis... ont eu à diriger d'importantes entreprises, de soumissionner des travaux pour lesquels ils n'auraient pu encore obtenir de certificats.

On se rappelle d'ailleurs les nombreuses difficultés auxquelles ont donné lieu la délivrance et la réduction des certificats de capacité, et peut-être l'intention de les éviter n'a-t-elle pas été étrangère à cette nouvelle rédaction.

Il était toutefois de jurisprudence constante qu'un ingénieur ne saurait être tenu de délivrer un certificat

à un entrepreneur qui a exécuté des travaux sous ses ordres.

La délivrance des certificats de capacité, leur appréciation par les autorités devant lesquelles ils sont produits sont des actes purement administratifs qui ne sauraient être attaqués par la voie contentieuse.

Cons. Et., 25 nov. 1829; 9 juin 1843; G. J. Travaux Publics, 381-2°; Cons. Et. 29 mars 1901, Leb. p. 371.

C'est également l'opinion des auteurs.

M. Chatignier s'exprime en ces termes :

« Le fonctionnaire ou homme de l'art quel qu'il soit, auquel l'entrepreneur s'adresse pour obtenir un certificat, n'est pas obligé de le donner. Du moins son refus, procédant d'une appréciation toute personnelle, ne saurait être l'objet d'un recours devant la jurisprudence contentieuse.

Et M. Perriquet : *Traité des travaux publics*, t. 1^{er}, n° 86, de confirmer :

« L'ingénieur ou architecte n'est pas tenu de délivrer le certificat qui lui est demandé. Il ne peut être contraint ni à donner une attestation favorable qui répugnerait à sa conscience, ni à fournir une appréciation préjudiciable qui ne pourrait qu'engager sa responsabilité. »

Cette jurisprudence, très critiquable au point de vue du droit commun, avait été combattue par M. Doussaud.

La Circulaire ministérielle du 29 décembre 1910 déclare :

« Les ingénieurs devront délivrer à tout entrepreneur qui leur en fera la demande, un certificat indiquant la date, la nature et l'importance des travaux que cet entrepreneur aura exécutés sous leur direction ».

Les ingénieurs ne peuvent donc plus refuser l'attestation officielle du fait pur et simple que tel entrepreneur a exécuté tel travail.

Quant aux attestations contenues dans le certificat, il était également de jurisprudence constante que, même si elles étaient préjudiciables à l'entrepreneur, elles ne sauraient donner lieu à un recours contentieux.

Cons. Ét. 29 novembre 1878; Leb. p. 956, sauf en cas de dol ou de fraude imputable à l'ingénieur, si les énonciations étaient mensongères ou visaient des faits étrangers à l'exécution des travaux. C'était alors en vertu de l'art. 1382 du C. civ. que l'entrepreneur pouvait agir.

Cour d'Alger, 7 juillet 1874; D. P. 76.2.218.

A l'avenir ces énonciations étant facultatives, ces discussions perdent beaucoup de leur intérêt.

D'ailleurs la production des certificats n'est plus obligatoire, mais elle facilitera toutefois la tâche de l'ingénieur en chef chargé de se renseigner sur la valeur des candidats.

On peut noter en passant que ce nouvel article

s'est inspiré du système pratiqué par le génie dans ses divers cahiers et notamment dans celui de 1902.

« La déclaration et les références sont versées à titre de communication par l'ingénieur en chef. A cet effet elles doivent lui être présentées dans un délai qui, à défaut de stipulation, contraire du cahier des charges, expire 10 jours avant l'adjudication:» (art. 3 du cahier de 1910).

L'ingénieur ne peut certainement pas refuser le visa de ces pièces, cependant s'il le refusait, il suffira à l'entrepreneur d'envoyer ces pièces par lettre recommandée au visa de l'ingénieur; si celui-ci persistait dans son refus ce serait le bureau d'adjudication qui trancherait la question.

L'ingénieur doit avant l'adjudication se renseigner sur la valeur des candidats et notamment sur la manière dont ils auront dans leurs entreprises antérieures, tenu leurs engagements envers l'administration, les ouvriers et les tiers.

Avec ce système de l'enquête, l'ingénieur acquiert une connaissance parfaite de la valeur des concurrents, ce qui lui permettra d'éclairer le bureau chargé de prononcer sur leur admission; d'ailleurs s'il possédait des renseignements insuffisants ou douteux sur des entrepreneurs visés, il devra autant que possible les convoquer afin d'obtenir des explications complémentaires ou des justifications.

Il est à remarquer que le délai de 8 jours exigé par le

cahier de 1892 pour la production des certificats de capacité a été porté à 10 jours pour la production des déclarations et des références, dans le but de faciliter l'exécution des prescriptions ci-dessus.

De plus cette réforme uniformise le délai qui sous le domaine du cahier de 1892 se trouvait être de 8 jours pour les entrepreneurs, alors que le décret du 4 juin 1888 relatif à l'admission des sociétés d'ouvriers français aux adjudications des travaux de l'État fixait à 10 jours ce même délai

Ce délai pourrait même être augmenté dans des circonstances tout à fait exceptionnelles dont les ingénieurs auraient, le cas échéant, à rendre compte dans leurs rapports.

Le visa des pièces n'implique aucun droit pour l'entrepreneur, mais l'absence de visa de l'un des soumissionnaires ouvre-t-elle un recours au bénéfice d'un concurrent admis à soumissionner? C'est ce que j'envisagerai ci-après.

Lorsqu'il s'agira d'une société d'ouvriers français, la déclaration et les références devront émaner du délégué de cette société, et c'est sur la valeur personnelle de ce délégué au point de vue technique que devra porter l'examen de l'ingénieur, car c'est lui qui dirigera l'entreprise et jouera à l'égard de l'administration le même rôle qu'un entrepreneur.

Il n'est pas exigé de références pour la fourniture des matériaux destinés à l'exécution des chaussées

en empièrrement, ni pour les travaux de terrassement dont l'estimation ne s'élève pas à plus de 20.000 francs, par la bonne raison qu'ils ne nécessitent pas de grandes connaissances techniques.

Cautionnements

Une autre préoccupation non moins sérieuse pour l'administration est de s'assurer de la solvabilité des soumissionnaires, aussi pour être admis à concourir aux adjudications l'administration exige-t-elle un acte régulier de cautionnement destiné à garantir les engagements de l'entrepreneur.

L'origine en est ancienne.

Déjà la déclaration royale du 7 juin 1708 dispose : « Voulons et ordonnons que tous les adjudicataires soient tenus de donner bonne et suffisante caution et un bon certificateur pour l'accomplissement à l'adjudication. »

Tous les cahiers des charges qui se sont succédé depuis 1811 exigent une caution pour la garantie du marché, et l'évolution en la matière prouve que l'administration s'est montrée de plus en plus rigoureuse.

C'est ainsi que la simple promesse de cautionnement suffisante pour soumissionner d'après les ordonnances de 1829 et 1836 et admise encore dans le cahier de 1866

disparaît avec le décret de 1882; il en est de même des cautionnements immobiliers que n'accepte plus le service des Ponts et Chaussées.

Dans le même ordre d'idées, l'art. 4 du décret de 1882, rapproché de l'art. 5 de l'ordonnance du 4 déc. 1836, marque une différence notable entre les dispositions actuellement en vigueur et celles qui étaient admises antérieurement. L'ordonnance de 1836 laissait au contrat le soin de déterminer la nature et l'importance des garanties que les entrepreneurs auront à produire tandis que le décret de 1882 ne laisse plus au contrat que la fixation de l'importance; la nature est dès lors réglementaire, elle est fixée par le décret.

La garantie pécuniaire est aujourd'hui la règle absolue en matière de cautionnements.

Le décret du 18 novembre 1882 qui régit aujourd'hui la matière et auquel renvoie le cahier des charges de 1910 distingue (art. 5), les cautionnements en deux catégories :

Le cautionnement provisoire pour être admis aux adjudications. Il apparaît en même temps qu'on supprime la promesse de cautionnement qu'il remplace avec plus d'efficacité.

Le cautionnement définitif pour répondre des engagements de l'adjudicataire.

Puis il énonce les différentes formes sous lesquelles il pourra être constitué,

« Les garanties pécuniaires peuvent consister aux choix des soumissionnaires ou adjudicataires : 1^o en numéraire, 2^o en rentes sur l'État et valeurs du Trésor au porteur, 3^o en rentes sur l'État nominatives, ou mixtes. Les valeurs du Trésor transmissibles par voie d'endossement, endossées en blanc, sont considérées comme valeurs au porteur. »

L'administration ne saurait donc exiger telle forme plutôt que telle autre, le soumissionnaire a le choix, mais dès qu'il a constitué son cautionnement, aucun changement ne peut être apporté à sa composition, sauf le cas où : « lorsque des rentes ou valeurs affectées à un cautionnement définitif donnent lieu à un remboursement par le Trésor, la somme remboursée est touchée par la Caisse des Dépôts et Consignations et cette somme demeure affectée au cautionnement jusqu'à due concurrence, à moins que le cautionnement ne soit reconstitué en valeurs semblables ». (Art. 9 du décret de 1882).

D'ailleurs diverses formalités s'imposent lorsque le cautionnement est constitué en valeurs.

C'est ainsi que (art. 8) lorsque le cautionnement consiste en rente nominative, le titulaire de l'inscription de rente souscrit une déclaration d'affectation de la rente et donne à la Caisse des Dépôts et Consignations un pouvoir irrévocable à l'effet de l'aliéner, s'il y a lieu.

L'affectation de la rente en cautionnement défi-

nitif est mentionnée au grand-livre de la Dette publique.

Ce pouvoir irrévocable est encore une dérogation au droit commun.

L'importance du cautionnement, ai-je dit ci-dessus, est fixée par les cahiers des charges, or lorsque ce cautionnement sera constitué en rentes ou autres titres, il va falloir en calculer la valeur en capital.

L'article 6 du décret de 1882 donne la marche à suivre :

Pour les rentes une distinction s'impose.

On calculera la valeur en capital.

1^o Pour les cautionnements provisoires au cours moyen du jour de la veille du dépôt.

2^o Pour les cautionnements définitifs, au cours moyen du jour de l'approbation de l'adjudication.

Les bons du Trésor à l'échéance d'un an sont acceptés, pour le montant de leur valeur, en capital et intérêts.

Les autres valeurs déposées pour cautionnement sont calculées d'après le dernier cours publié au *Journal Officiel*.

La distinction, entre le cautionnement provisoire et définitif, résulte de ce fait que l'administration n'a pas voulu imposer à l'entrepreneur qui désire soumissionner, un déplacement aussi considérable de capitaux que celui qu'elle exigera s'il est déclaré adjudicataire, mais elle a voulu d'autre part assurer

le respect des obligations imposées à tous ceux qui veulent prendre part à l'adjudication.

C'est pour cela que le cautionnement provisoire pourrait être conservé par l'administration si l'entrepreneur se refusait à signer le procès-verbal de l'adjudication prononcée à son profit, alors qu'aucune contestation n'est élevée sur la validité du contrat.

De même seraient acquis à l'État les cautionnements provisoires des soumissionnaires qui, déclarés adjudicataires, n'auraient pas réalisé leurs cautionnements définitifs dans les délais prévus par les cahiers des charges.

Le cautionnement provisoire est restitué aux soumissionnaires non adjudicataires sitôt après l'adjudication, par la Caisse des Dépôts et Consignations, au vu de la mainlevée donnée par le fonctionnaire, chargé de l'adjudication, et à l'adjudicataire après la réalisation du cautionnement définitif.

En pratique, il y a souvent confusion entre le cautionnement provisoire et le cautionnement définitif, ou bien le montant du cautionnement provisoire reste à valoir sur le cautionnement définitif.

Le décret de 1882 dispose que les cahiers des charges peuvent, s'il y a lieu, dispenser de l'obligation de déposer un cautionnement provisoire et définitif. Ils peuvent disposer que le cautionnement réalisé avant l'adjudication à titre provisoire servira de cautionnement définitif (art. 4).

Le cahier de 1910 renvoie au cahier des charges spécial à chaque entreprise, pour déterminer l'importance du cautionnement et à défaut de stipulations particulières, il en fixe le montant pour le cautionnement provisoire au soixantième, et pour le cautionnement définitif au trentième de l'estimation des travaux, déduction faite de toutes les sommes portées à valoir pour dépenses imprévues et ouvrages en régie.

Les cautionnements, quelle qu'en soit la nature, sont reçus par la Caisse des Dépôts et Consignations, ou par ses préposés, ils sont soumis aux règlements spéciaux à cet établissement.

Le cautionnement définitif doit être obligatoirement réalisé à la trésorerie générale du département où se fait l'adjudication, dans les 20 jours qui suivent la notification de l'approbation du marché.

Afin d'assurer l'exécution de cette prescription, le préfet doit faire connaître au trésorier payeur général de son département, aussitôt après l'approbation de l'adjudication, le nom du soumissionnaire déclaré adjudicataire.

Dans ces prescriptions deux préoccupations apparaissent.

D'une part en obligeant à consigner dans le département où se fait l'adjudication, on a voulu sauvegarder les droits des tiers qui, sachant que leur débiteur a des travaux à tel endroit, pourront former

opposition entre les mains du comptable qui a reçu le cautionnement, toute autre opposition étant nulle et non avenue.

D'autre part en obligeant le préfet à aviser le trésorier payeur général, celui-ci pourra procéder plus rapidement au recouvrement du cautionnement.

Les cautionnements en numéraire produisent à partir du 61^e jour de la date du versement, jusques et y compris celui du remboursement, un intérêt calculé d'après les règlements de la Caisse des Dépôts et Consignations.

Arr. 1^{er} juin 1839, art. 1^{er}, J.G., travaux publics, 357,

Il va de soi que les arrérages des rentes en cautionnement sont touchés par le titulaire de la rente. L'administration ne saurait augmenter sa garantie en prétendant ajouter au capital, le montant des arrérages.

D'ailleurs, un titre de rente affecté à la garantie d'un entrepreneur de travaux publics, reste la propriété du titulaire jusqu'à ce que l'entrepreneur ait été régulièrement reconnu débiteur de l'État, et jusqu'à cette époque le propriétaire doit continuer à en toucher les arrérages.

Cons. d'État, 12 juin 1891 ; D. P. 92.3.113.

Les sociétés d'ouvriers français sont dispensées de fournir un cautionnement lorsque le montant de l'adjudication ne dépasse pas 50.000 francs.

Chose curieuse, on renonce aux garanties de solva-

bilité là où elles sont le plus nécessaires, car les sociétés d'ouvriers composées la plupart du temps d'insolvables, ne risquent rien à faire de gros rabais; la pratique fournit des exemples assez fréquents de sociétés d'ouvriers adjudicataires, commençant un travail, faisant la partie la plus avantageuse et, après en avoir été presque intégralement payées par application du principe que des acomptes sur les ouvrages exécutés ou les fournitures faites sont payés tous les quinze jours aux sociétés d'ouvriers, abandonnent les chantiers. Quel recours à l'administration ? aucun, sinon de faire terminer le travail par un entrepreneur à des conditions bien plus onéreuses que celles qu'elle aurait obtenues au début.

Le cautionnement définitif n'est pas pour l'adjudicataire un moyen de dédit dont l'abandon le libère de toutes ses obligations.

C'est à l'égard de l'administration un véritable gage, lui permettant de se faire payer sur les valeurs déposées par préférence à tous les autres créanciers. Aussi est-il intéressant de savoir quels engagements garantit le cautionnement.

D'une façon générale, on peut dire que le cautionnement définitif garantit toutes les obligations dérivant directement du marché, c'est-à-dire ayant trait à la bonne exécution des travaux.

Mais on ne saurait vouloir garantir la responsabilité décennale de l'entrepreneur, en retenant le caution-

nement jusqu'à l'expiration de cette date. Cons. d'Ét. 30 déc. 1887, Leb. p. 873, 16 janv. 1891, Leb. p. 10, pas plus que de le faire servir à payer des sommes dues par l'entrepreneur en dehors de son marché, tels que des impôts ou des amendes.

Le cautionnement servira par exemple à payer les dépenses effectuées par l'administration pour la réparation de malfaçons que l'entrepreneur s'est refusé à réparer; il servira à compenser des sommes dues par l'entrepreneur à la suite d'une mise en régie ou d'une réadjudication sur folle enchère.

Pour exercer son droit de gage, l'administration va-t-elle, conformément à l'art. 2078 du Code Civil, faire ordonner en justice, que « ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères, toute clause autorisant le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans ces formalités étant nulle ».

Pas du tout. « L'application des cautionnements définitifs à l'extinction des débets liquidés par les ministres compétents a lieu aux poursuites et diligences de l'agent judiciaire du trésor public, en vertu d'une contrainte délivrée par le ministre des Finances » (art. 12, décret 1882).

L'État est donc un créancier gagiste qui possède des moyens d'action que ne permet pas le Code Civil.

C'est l'antithèse du droit commun, puisque c'est

l'État lui-même qui liquide les comptes et s'approprie ensuite sans aucune intervention judiciaire le montant du cautionnement. Cela suppose toutefois que le débet a été régulièrement liquidé au préalable par la juridiction compétente, c'est-à-dire en l'espèce, par le Conseil de Préfecture.

Cons. d'Ét. 19 fév. 1886, Leb. p. 153; Cons. d'Ét. 17 avr. 1891, Leb. p. 281.

Mais à l'égard des créanciers de l'entrepreneur, il a la situation d'un créancier gagiste ordinaire tel que l'entendent les art. 2073 et 2102 du Code Civil, et son droit de préférence leur est opposable.

C'est ainsi que les ouvriers et fournisseurs de l'entrepreneur qui ont en vertu du décret du 26 pluviôse, an II, complété par la loi du 25 juillet 1891, un droit de préférence sur les sommes dues par l'État à l'entrepreneur, ne peuvent exercer ce droit sur les fonds constituant le cautionnement, car ceux-ci ne peuvent être considérés comme des sommes dues par l'État aux entrepreneurs. La jurisprudence est constante en ce sens.

Elle va même plus loin : sur le cautionnement, les fournisseurs et ouvriers de l'entrepreneur n'ont même aucun droit de préférence, un arrêt de la Cour de Cassation du 31 juillet 1849, a jugé « que les privilégiés étaient de droit étroit, que le décret de pluviôse an II ne mentionnait pas nominativement le cautionnement et que ses termes n'étaient pas tels qu'on

dût nécessairement l'y déclarer compris par voie d'interprétation. Qu'enfin, le décret du 12 décembre 1806 devait être écarté comme spécial au service de la guerre ».

De même le privilège dit de 2^e ordre résultant de la loi du 15 nivôse an III, au bénéfice des bailleurs de fonds des charges de fonctionnaires publics, et auxquels sont assimilés ceux qui ont prêté à l'entrepreneur les fonds qui constituent son cautionnement, passe après le privilège de l'État sur le cautionnement.

Ce droit de gage de l'État s'exercera du jour du dépôt du cautionnement; si le cahier des charges confond le cautionnement provisoire et le cautionnement définitif, ce sera du jour de l'approbation de l'adjudication.

Le dépôt du cautionnement étant une opération préalable à la passation du marché, l'administration ne pourrait pas exiger ce dépôt après le règlement de l'entreprise pour exercer son droit de préférence. Elle serait au même rang que les créanciers ordinaires de l'entrepreneur.

Cons. d'Ét. 1^{er} juillet 1887, Lib. p. 536.

Si le cautionnement a été constitué en valeurs et que pendant la durée des travaux le cours vienne à baisser, tant pis pour l'administration, elle ne peut exiger après coup le versement d'un cautionnement complémentaire, en vertu même des art. 5 et 6 du

décret de 1882, elle n'a droit qu'au chiffre qu'elle a déterminé.

Si le cautionnement est insuffisant, l'administration conservera les voies ordinaires pour le surplus.

Lorsque l'exécution du marché n'a donné lieu à aucune difficulté, le cautionnement devra être remboursé à l'entrepreneur, après la réception définitive des travaux, l'art. 4 *in fine* du cahier de 1910, aussi bien que celui de 1892, sont formels à cet égard.

L'administration n'aura donc plus le droit de le conserver jusqu'à la liquidation définitive des travaux comme le stipulait le cahier de 1866.

Cette substitution de termes ne saurait s'interpréter autrement : Cons. d'Ét. 1^{er} déc. 1888, Leb. p. 905; — Cons. d'Ét. 18 déc. 1891, Leb. p. 777; — Cons. d'Ét. 20 juill. 1894, Leb. p. 498; — Cons. d'Ét. 28 fév. 1896, Leb. p. 205; — Cons. d'Ét. 6 août 1898, Leb. p. 555.

La restitution anticipée de tout ou partie du cautionnement en cours de l'entreprise peut être autorisée par le ministre. Cette restitution aura généralement lieu lorsque d'autres garanties, telles que les retenues du dixième, seront suffisantes pour assurer l'exécution du marché.

C'est là une mesure gracieuse dont le refus ne saurait donner lieu à aucun recours. Les cautionnements définitifs ne peuvent être restitués en totalité ou en partie, qu'en vertu d'une mainlevée donnée par

le ministre ou le fonctionnaire délégué à cet effet.

Si l'entrepreneur avait le droit d'exiger le remboursement de son cautionnement et que l'administration s'y refuse, ce serait le Conseil de préfecture en premier ressort et le Conseil d'État en appel qui seraient compétents pour statuer.

Le retard imputable à l'administration dans le remboursement du cautionnement fait naître au profit de l'entrepreneur le droit de réclamer des intérêts au taux légal, c'est-à-dire que l'administration devra parfaire la différence entre le taux de la Caisse des Dépôts et Consignations et le taux légal. — Cons. d'État, 15 mai 1903, Leb. p. 371; 9 juin et 8 déc. 1905; Leb. p. 545 et 922.

Cet intérêt court à compter du jour de l'expiration du délai de garantie, époque à laquelle le cautionnement aurait dû être restitué. — Cons. d'État, 13 nov. 1896, Leb. p. 720; — 22 juill. 1898, Leb. p. 572.

Et même si le retard dans le remboursement du cautionnement provient d'un retard dans l'achèvement des travaux par la faute de l'administration, l'entrepreneur a droit à cette différence d'intérêt pour la durée du retard. — Cons. d'État, 21 févr. 1902, Leb. p. 132.

Malgré la disposition nouvelle de l'art. 49 du cahier de 1910 visant les intérêts pour retard de paiement et stipulant qu'à l'avenir, ils ne seront payés que

sur la demande de l'entrepreneur et à partir du jour de cette demande, je ne crois pas que cette stipulation doive s'appliquer au remboursement du cautionnement qui est indépendante de la liquidation des comptes; il ne s'agit pas ici pour l'administration de trouver des fonds, d'ouvrir quelquefois un nouveau crédit pour pouvoir solder l'entrepreneur.

Le cautionnement est une somme déposée, toujours libre, qu'il suffit de restituer.

Conformément au Droit commun, un tiers peut verser le cautionnement pour un entrepreneur et l'administration ne saurait se refuser à l'accepter. L'art. 1.236 du Code Civil est très explicite à ce sujet :

« Une obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur ou que, s'il agit en son propre nom, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. »

Sociétés d'ouvriers français

Le principe de la participation des sociétés d'ouvriers à l'exécution des travaux publics a été posé par le décret du 15 juillet 1848, et des facilités nouvelles leur ont été accordées par le décret du 4 juin 1888.

Actuellement les sociétés d'ouvriers français régulièrement constituées, sont admises à soumissionner

les travaux ou fournitures faisant l'objet des adjudications de l'État. Des marchés de gré à gré peuvent également être passés avec ces sociétés pour les travaux ou fournitures dont la dépense totale n'excède pas 20.000 francs.

Pour être admis à soumissionner, ces sociétés d'ouvriers doivent produire en outre des déclarations et références dont il a été parlé ci-dessus et du cautionnement pour les travaux dont la dépense excède 50.000 francs, la liste nominative de leurs membres, l'acte de société; elles indiqueront également le nombre minimum de sociétaires qu'elles s'engagent à employer à l'exécution du marché.

Ces pièces doivent être présentées au visa de l'ingénieur 10 jours avant l'adjudication.

L'ingénieur pourra conserver ces pièces jusqu'à la veille de l'adjudication afin de pouvoir apprécier la validité de la constitution de ces sociétés, il devra pour cela se référer à l'article 19 du Code de Commerce et à la loi du 24 juillet 1867.

La plupart des sociétés ouvrières actuelles ont pris la forme de sociétés à capital variable.

C'est à l'autorité judiciaire qu'il appartiendra, le cas échéant, de juger de la validité de la constitution de ces sociétés. Les intérêts de l'État pourraient se trouver compromis, s'il était reconnu après l'adjudication que la société déclarée adjudicataire n'est pas, ou qu'elle a cessé d'être valablement constituée,

Aussi, dans ce cas, l'art. 2 *in fine* du cahier de 1910 reconnaît-il expressément au ministre le droit de prononcer la résiliation du marché avec reprise facultative du matériel.

Une autre obligation pour les sociétés d'ouvriers résultant de l'impossibilité pour l'administration d'admettre la présence simultanée sur un chantier de plusieurs délégués munis des mêmes droits et pouvant se neutraliser mutuellement, consiste à se faire représenter vis-à-vis de l'administration par un délégué unique muni de pouvoirs nécessaires en bonne et due forme.

Cette obligation est expressément édictée par le même article 2 qui dispose : « Ce représentant a, au regard de l'administration, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un entrepreneur agissant pour son propre compte.

« S'il vient à mourir ou à se retirer au cours de l'entreprise, la société doit présenter un remplaçant à l'ingénieur en chef, dans un délai de quinze jours.

« Cette présentation est transmise d'urgence au ministre avec l'avis motivé de l'ingénieur en chef et celui du préfet.

Le ministre a le droit de résilier le marché, avec reprise facultative du matériel, s'il ne juge pas pouvoir agréer le remplaçant proposé ou si la société n'a pas fait de présentation dans le délai ci-dessus indiqué.»

Toutefois, avant de faire au ministre des proposi-

tions de résiliation, les ingénieurs devront toujours inviter la société dont le représentant sera décédé, ou se sera retiré au cours de l'entreprise, à fournir dans le délai prescrit des propositions pour la désignation du remplaçant.

Ces dispositions, qui avaient déjà été prescrites par la circulaire ministérielle du 17 février 1892, ont pris place dans le cahier des charges lui-même.

Elles montrent les déboires que l'administration a dû éprouver avec les sociétés d'ouvriers, aussi prend-elle ses précautions pour assimiler autant que possible ces sociétés à un entrepreneur.

On s'était jusqu'alors préoccupé beaucoup plus de favoriser le développement des associations ouvrières plutôt que de garantir le bon fonctionnement des adjudications de l'État.

C'est encore dans cet esprit que l'art. 1^{er} du décret de 1888 prescrit de fractionner autant que possible les marchés en plusieurs lots, non seulement selon l'importance des travaux, mais aussi en tenant compte de la nature des professions intéressées.

A l'époque, c'était bien moins comme une bonne mesure d'administration pour les marchés à conclure que pour permettre aux associations ouvrières qui se groupent par professions, de prendre part aux adjudications.

Deux autres règles particulièrement favorables aux associations ouvrières décident :

A égalité de rabais entre une soumission d'entrepreneur et une soumission de société d'ouvriers, cette dernière est préférée.

Des acomptes sur les ouvrages exécutés ou les fournitures livrées, sont payés tous les quinze jours aux sociétés d'ouvriers, sauf les retenues prévues par les cahiers des charges.

L'adjudication

J'en arrive à l'adjudication en elle-même et à son fonctionnement.

L'élément actif va être le bureau, c'est à lui qu'il appartiendra de statuer sur l'admissibilité des concurrents.

Pour les travaux de l'État, il se compose généralement du préfet en tant que délégué du ministre, il est assisté du Conseil de préfecture assemblé en présence de l'ingénieur en chef.

Ces dispositions remontent à l'ordonnance du 10 mai 1829, art. 11, toujours en vigueur.

Pour les travaux très importants, l'adjudication aura lieu au ministère des Travaux publics, le ministre ou son délégué présidera le bureau d'adjudication formé d'une commission désignée pour la circonstance.

Pour les travaux d'entretien ou de réparations ordinaires ou de travaux neufs, dont la dépense n'excédera pas 15.000 francs, le préfet pourra déléguer

au sous-préfet la faculté de passer l'adjudication au chef-lieu de la sous-préfecture, il sera assisté du maire du chef-lieu de la sous-préfecture, de deux membres du Conseil d'arrondissement et d'un ingénieur ordinaire (article 19).

La séance étant ouverte, les plis cachetés contenant les pièces visées et les soumissions sont reçus en séance publique et rangés sur le bureau, ils reçoivent un numéro dans l'ordre de leur présentation.

Ces plis contiennent : 1^o la déclaration et les références visées par l'ingénieur, ainsi que le reçu du cautionnement, et 2^o une enveloppe cachetée contenant la soumission.

Outre ce dépôt, l'article 13 du décret de 1882 vise deux autres modes :

a) Le dépôt des soumissions dans une boîte à ce destiné, le cahier des charges spécial indique le lieu et la date du dépôt.

b) L'envoi des soumissions par lettre recommandée, mais il faut que le cahier des charges spécial à l'entreprise vise expressément ce dernier mode.

La circulaire ministérielle du 30 décembre 1910 pose une distinction nouvelle.

Elle déclare :

1^o Que pour les adjudications de travaux ou fournitures dont la dépense totale à l'entreprise ne dépasse pas 50.000 fr. il n'y a qu'à s'en tenir à la règle générale et ce n'est qu'exceptionnellement et en vertu

clause du cahier des charges spécial que l'envoi par lettre recommandée pourra être pratiqué.

2^o Mais pour les mêmes adjudications d'une importance supérieure à 50.000 francs, ainsi que pour les entreprises de cylindrage à traction mécanique, quelle qu'en soit l'importance, l'administration ayant reconnu l'intérêt qu'il y avait à supprimer le dépôt des soumissions en séance publique, elle rend obligatoire leur envoi par lettre recommandée en multipliant les lieux de réception.

Sont compris dans cette catégorie de travaux les baux d'entretien, pour lesquels l'ensemble des dépenses correspondant à toute la durée du bail dépasse 50.000 francs.

Cette innovation peut s'expliquer à la fois par le désir de rendre impossibles des ententes entre soumissionnaires et surtout par l'espoir de rendre plus faciles et partant plus nombreuses les offres des concurrents.

Il faut cependant reconnaître que l'envoi des soumissions par lettre recommandée présente de multiples inconvénients.

D'abord, il peut se produire des retards imputables à l'administration des postes. Une lettre mise normalement assez tôt pour être distribuée à l'heure indiquée, n'arrive par exemple qu'après la fin de la séance d'adjudication et elle contenait le plus fort rabais. On sait que l'administration des postes n'est pas responsable des retards. Que fera le soumission-

naire évincé. Pourra-t-il demander la nullité de l'adjudication, ou lui refusera-t-on tout recours contentieux, malgré la violation de son droit.

Un autre inconvénient pour l'administration réside dans l'impossibilité où elle est d'apporter une modification de dernière heure aux conditions du marché.

Ces lettres recommandées porteront extérieurement une mention indiquant la nature du contenu et avertissant quelles ne doivent pas être ouvertes avant l'adjudication.

Le modèle d'affiche indiquera le jour et l'heure extrêmes, ainsi que les adresses auxquels les lettres devront parvenir.

Les soumissions doivent être rédigées sur papier timbré selon le modèle de l'administration, elles ne doivent contenir aucune exception ni réserve à peine de nullité.

Le défaut de timbre ne saurait cependant entraîner la nullité de la soumission.

Elles doivent être signées mais l'absence de signature ou une erreur matérielle n'entraînera pas l'exclusion si l'entrepreneur est présent et signe séance tenante, il devrait même lui être ouvert un recours si la soumission était écartée pour ce motif, alors qu'il aurait dû être déclaré adjudicataire. On ne saurait en effet, pour une omission sans importance,

faire perdre à l'entrepreneur le fruit d'études préparatoires quelquefois très onéreuses.

La rédaction des soumissions écrites, réfléchies, cachetées et secrètes par rapport aux concurrents, est un gage de l'impartialité de l'administration.

Les plis étant sur le bureau, soit par le dépôt en séance, soit à la suite du dépôt dans une boîte ou de l'envoi par lettre recommandée, le premier cachet est rompu publiquement et il est dressé un état des pièces contenues sous ce premier cachet.

L'état dressé, les concurrents se retireront de la salle d'adjudication et la séance cessera d'être publique.

Le bureau procèdera à l'examen des pièces et c'est à ce moment que l'ingénieur lui fera part des renseignements qu'il a pris sur les concurrents.

Si un ou plusieurs d'entre eux paraît devoir être écarté, il devra être appelé devant le bureau, afin de fournir des explications et il ne pourra être évincé, sans cette formalité préalable.

Le préfet, après avoir consulté les membres du bureau et l'ingénieur en chef, arrêtera la liste des concurrents agréés, alors même que les concurrents appelés devant le bureau ne se seraient pas présentés.

Immédiatement après, la séance redeviendra publique et le préfet annoncera sa décision par la lecture de la liste des concurrents agréés.

Les soumissions des concurrents évincés leur seront

rendues sans être ouvertes, celles des concurrents agréés seront alors ouvertes en présence du public; il en sera donné lecture à haute voix et, après élimination des soumissions qui ne seraient pas conformes au modèle, le soumissionnaire qui aura fait l'offre d'exécuter les travaux aux conditions les plus avantageuses, sera déclaré adjudicataire sous réserve de l'approbation de l'adjudication.

Les formalités qui entourent le dépouillement des soumissions sont prescrites à peine de nullité.

L'examen des pièces doit toujours être fait préalablement à l'ouverture des enveloppes contenant les soumissions, il ne faut pas que l'administration émette un jugement sur la capacité après qu'elle connaîtra les conditions du soumissionnaire, cet ordre de procédure est absolument rigoureux, et l'exclusion des concurrents évincés doit leur être notifiée avant l'ouverture des soumissions.

Un entrepreneur évincé peut-il exercer un recours contentieux contre la décision du bureau. Certainement non, la jurisprudence est constante en ce sens, Cons. d'Ét., 28 avr. 1899, Leb. p. 328; — Cons. d'Ét., 24 juill. 1908, Leb. p. 814; — Cons. d'Ét., 17 déc. 1909, Leb. p. 1.000, et considérant l'exclusion comme un acte de pure administration, rentrant dans les pouvoirs discrétionnaires du bureau, refuse tout recours pour excès de pouvoir. Le bureau n'a même pas à fournir les motifs de sa décision.

Pour admettre un recours il faudrait supposer que la décision du bureau soit motivée de manière à nuire au crédit de l'entrepreneur, auquel cas l'administration serait responsable du préjudice causé, mais ceci n'entraînerait nullement la nullité de l'adjudication prononcée.

Dès que la liste des concurrents admis est communiquée au public, l'administration est liée en vertu de ce principe qu'elle ne choisit pas l'adjudicataire.

Elle va dès lors être obligée de proclamer adjudicataire celui qui fera le plus fort rabais.

Jusqu'à ce moment le bureau était libre d'évincer qui il voulait sans avoir à donner de motifs, il jouissait d'un pouvoir discrétionnaire absolu; mais dès lors qu'un entrepreneur est admis, sa soumission ne peut plus être écartée sous prétexte qu'il ne remplissait pas les conditions réglementaires.

Une autre question non moins importante est celle de savoir si l'entrepreneur peut retirer son offre avant l'ouverture des soumissions, soit définitivement, soit pour la rectifier.

La jurisprudence a tranché la question dans un sens que l'on ne saurait admettre, par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 juin 1901 confirmé par la Cour de Cassation le 9 mai 1904; D. P. 07.1.65.

Le cahier des charges faisant la loi des parties, dit l'arrêt, il en résulte que « lorsque les soumissions ont été déposées sur le bureau, elles doivent être néces-

sairement ouvertes et lues, ce qui implique que, ne pouvant plus être retirées elles constituent à partir de ce dépôt, l'engagement définitif de leurs signataires ».

Dans l'espèce l'adjudicataire avait, prétextant une erreur, demandé à retirer sa soumission avant que les plis n'aient été décachetés, ce que la commission lui avait refusé.

Aux motifs ci-dessus la cour d'appel avait ajouté « qu'il est évident, en effet, que lorsque le soumissionnaire répondant à l'offre de l'administration dépose son pli cacheté, il accepte à ce moment cette offre et s'engage à devenir adjudicataire pour le prix qu'il désigne; que c'est donc bien par le dépôt de la soumission, que le contrat se trouve irrévocablement formé tant au point de vue administratif qu'au point de vue du soumissionnaire ».

Cette jurisprudence a été critiquée par M. Berthélemy dans une note que l'on trouvera sous l'arrêt, note dans laquelle il ramène la conception de l'adjudication à la véritable interprétation de la théorie de l'offre et de l'acceptation, base de tout contrat, quel qu'il soit, administratif ou de droit commun.

M. Berthélemy s'exprime ainsi :

« Il y a une frappante analogie entre la manière dont les consentements sont amenés à concourir dans une procédure d'adjudication et dans un contrat par correspondance. Or, on admet généralement

aujourd'hui aussi bien en jurisprudence qu'en doctrine, que la volonté transmise par écrit, ne produit son effet que lorsqu'elle parvient à la connaissance du destinataire (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e édit., t. II, p. 329; Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^e édit., p. 506, n^o 1012, *Jurisp. gén.* v^o obligations, n^o 98 et suivants). Ce n'est pas le fait de vouloir ou même d'écrire qu'on veut accepter une offre qui suffit à engager l'acceptant.

Aussi longtemps que l'expression de cette volonté n'est pas parvenue à son adresse, celui qui l'a émise en reste maître et peut se rétracter.

Les tribunaux n'hésitent guère à tenir pour valable la rétractation d'une acceptation écrite dont on s'est dessaisi, ils autorisent par exemple celui qui a mis à la poste une lettre où il exprime sa volonté d'accepter une offre, à rétracter cette acceptation par télégramme.

Bourges, 19 janvier 1866, D. P. 66.2.64; Chambéry, 8 janvier 1877, D. P. 78.2.113; Bordeaux, 29 janvier 1892, D. P. 92.2.290; Toulouse, 10 juillet 1901, D. P. 02.2.16.

D'où ces solutions sont-elles tirées sinon de ce principe courant du droit civil que nul engagement synallagmatique ne peut exister sans que dans l'esprit de chacun des contractants, il y ait eu rencontre de volontés réciproques. Et si ce principe est vrai, comment ne produirait-il pas dans la procédure d'adjudi-

cation un effet contraire à celui que consacre l'arrêt rapporté.»

Tel paraît être le sentiment de M. Barry. « L'entrepreneur qui a été déclaré adjudicataire, dit-il, signe le procès-verbal et par là confirme et rend définitif l'engagement qui, tant que sa soumission n'avait pas été acceptée, était restée à l'état de simple offre. Le contrat est dès ce moment parfait quand à lui ».

N'est-ce pas affirmer que le contrat n'existe pas encore, partant qu'il y a rétractation possible du consentement offert jusqu'à ce que, par l'ouverture des soumissions, la désignation de l'adjudicataire soit un fait accompli.

D'ailleurs un arrêt de cassation du 30 mars 1890, D, P. 99.1.108, déclare qu'une soumission est définitive quand elle a été acceptée en séance publique.

C'est dire que non seulement il faut qu'elle ait été ouverte et lue, mais encore acceptée par le bureau.

La Cour a donc donné à l'art. 34 du cahier en question une portée qu'il n'avait pas, il énonçait simplement des formalités que l'on eût d'ailleurs rempli sans lui.

Et M. Berthélemy de conclure :

« Nous croyons pour les motifs ci-dessus énoncés que la solution admise dans l'espèce par la cour de Paris est doublement critiquable. Nous ne saurions adhérer à cette affirmation qu'un contrat par adjudication se trouve irrévocablement formé par le dépôt

des soumissions; nous ne saurions davantage souscrire à cette constatation que les soumissions non encore ouvertes ne peuvent plus être rétractées parce qu'on a dit dans le cahier des charges « que leur dépôt serait suivi de leur ouverture. »

Il est certain que faire dépendre la formation du contrat du fait matériel du dépôt de la soumission ne saurait se comprendre que dans une procédure formaliste telle qu'il en existait à l'époque romaine où le consentement d'une partie n'était parfait que par l'accomplissement d'un geste rituel.

Mais à une époque où précisément la théorie inverse de l'interprétation de la volonté des parties fait loi, on ne saurait comprendre une telle pratique.

Tout en considérant la théorie de M. Berthélemy comme la plus juridique, je crois que l'on pourrait en restreindre un peu la portée par la considération suivante.

Ainsi que je l'ai exposé ci-dessus, dès que la liste d'admissibilité a été portée à la connaissance du public par la lecture qui en est donnée par le préfet, l'administration est tenue de proclamer adjudicataire celui des soumissionnaires admis qui a fait l'offre la plus avantageuse, n'est-ce pas dire que dès ce moment l'administration accepte l'offre de l'entrepreneur puisqu'elle ne pourra plus choisir ensuite, qu'elle s'engage à le proclamer adjudicataire, et que d'autre part jusqu'à ce moment précis elle ignore les offres des soumission-

naires quoique les ayant en mains sous enveloppes cachetées, à tel point qu'elle n'ouvrira jamais les soumissions des entrepreneurs évincés et que ceux-ci ne pourront, par aucun recours, contraindre l'administration à en prendre officiellement connaissance et à en tenir compte.

Du moment où l'administration admet un entrepreneur à soumissionner, elle accepte sa soumission et c'est avant cette acceptation, c'est-à-dire avant la proclamation de la liste d'admissibilité que l'entrepreneur pourra retirer sa soumission.

Entre le dépôt et la proclamation de cette liste, l'entrepreneur a pu s'apercevoir d'une erreur qui peut très bien se produire si l'on tient compte de l'état d'énervement dans lequel se trouve celui qui rédige sa soumission au dernier moment.

La présence de tel ou tel concurrent peut quelquefois lui faire commettre un écart qu'il regrette immédiatement, il faut donc lui laisser la faculté d'y remédier et l'administration ne saurait avoir la prétention de profiter de cette erreur ou de cet affolement. Ce serait contraire à l'équité. Si le plus honnête homme de France doit être l'État, il ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'entrepreneur.

La proclamation de la liste est donc le moment capital de cette procédure. Il faut être admis et dès lors vis-à-vis des entrepreneurs admis l'adminis-

tration est liée et des droits vont naître du même coup au profit de l'entrepreneur.

Dans le cas d'envoi de la soumission par lettre recommandée, procédé que la circulaire de 1910 rend très fréquent, la théorie de M. Berthélemy trouve son application directe et l'on devra admettre conformément au droit commun que l'entrepreneur pourra envoyer une deuxième lettre recommandée qui devra être considérée comme annulant la première dès lors qu'elle arrivera à temps. La preuve de la date de la remise ne saurait être mieux établie que par les cachets de la poste.

Divers incidents peuvent se produire après l'ouverture des soumissions résultant soit du fait que l'administration a fixé un maximum de prix ou minimum de rabais, soit de ce que plusieurs soumissionnaires ont offert des rabais égaux.

Lorsque l'administration a déterminé à l'avance un maximum ou un minimum en vertu de l'art. 13 du décret de 1882, le montant doit en être indiqué dans un pli cacheté déposé sur le bureau à l'ouverture de la séance. L'État a tout intérêt à ce que les travaux ne soient pas exécutés à trop bas prix.

Ce prix-limite doit être tenu secret, il ne doit pas être communiqué aux concurrents. Après l'ouverture et la lecture des soumissions le président du bureau ouvre l'enveloppe contenant le prix-limite, et s'il constate qu'aucune soumission ne rentre dans les

limites prévues, il doit en être référé à l'autorité qui a approuvé le projet, laquelle décidera sur la proposition des ingénieurs et du Préfet, s'il y a lieu de procéder à une nouvelle adjudication, ou de traiter de gré à gré avec l'entrepreneur que choisira l'administration par application de l'article 18 du décret de 1882 (9^e).

Si plusieurs soumissionnaires ont fait des offres égales, il n'est pas sursis à l'adjudication.

Parmi ces soumissionnaires offrant des rabais égaux y a-t-il une ou plusieurs sociétés d'ouvriers français, l'article 5 du décret de 1888 s'applique :

« A égalité de rabais entre une soumission d'entrepreneur et une soumission de société d'ouvriers, cette dernière sera préférée, dans le cas où plusieurs sociétés d'ouvriers offriraient le même rabais, il sera procédé à une réadjudication entre ces sociétés sur de nouvelles soumissions. Si les sociétés se refusaient à faire de nouvelles offres, ou si les nouveaux rabais ne différaient pas le sort en déciderait ».

Inutile de faire observer que cette préférence des sociétés d'ouvriers n'est basée sur aucun principe juridique,

Dans le cas ordinaire, c'est l'art. 14 du décret de 1882 qui règle la procédure à suivre.

« Il est procédé à une réadjudication soit sur de nouvelles soumissions, soit à l'extinction des feux entre ces soumissionnaires seulement.

« Si les soumissionnaires se refusaient à faire de nou-

velles offres ou si les prix demandés ne différaient pas encore, le sort en déciderait. »

Il est à noter que ce texte du décret de 1882 ne dit plus comme le texte de l'ordonnance de 1836 : il sera procédé *séance tenante*.

Ce changement a été fait pour empêcher l'administration de procéder à une réadjudication si tous les soumissionnaires ne sont pas présents, et j'estime que même les dispositions d'une circulaire ministérielle ne sauraient aller à l'encontre de ce texte et déclarer qu'il sera ouvert un concours séance tenante entre les soumissionnaires ayant fait des offres égales; ceux qui ne seront pas présents ou représentés étant considérés comme maintenant le rabais qu'ils ont consenti.

Aucun texte réglementaire n'oblige l'entrepreneur à être présent à l'adjudication et même en admettant qu'il soit représenté, quelle valeur aurait l'engagement pris par son commis qui aurait modifié la soumission et aurait fait à cette réadjudication l'offre la plus avantageuse.

Donc un recours pour excès de pouvoir doit être ouvert à l'entrepreneur absent à l'adjudication qui n'aura pas pu soumissionner à une réadjudication tenue séance tenante, alors qu'il avait offert le même rabais qu'un ou plusieurs de ses concurrents,

Procès-verbal d'adjudication

L'adjudicataire ayant été proclamé publiquement signe le procès-verbal d'adjudication.

Le procès-verbal est un acte authentique, qui constate les résultats de chaque adjudication et relate toutes les circonstances de l'opération, et notamment les protestations et réclamations qui ont pu se produire de la part de soumissionnaires et se manifester dans la séance publique du bureau.

Il tient lieu de marché, puisqu'il atteste que le marché résultant de l'adjudication est conclu.

Il doit être signé également de tous les membres du bureau d'adjudication, ainsi que de tous les réclamants s'il y a des protestations.

Le procès-verbal est un acte authentique, mais sans force exécutoire.

Donc si un entrepreneur commence à exécuter un marché, qui n'est pas encore approuvé, il ne sera considéré que comme un tâcheron travaillant en régie sans application de rabais. — Cons. d'Ét. 13 janvier 1888, Leb. 33 et dès lors il ne pourra pas exiger une indemnité en raison de la cessation immédiate des travaux, tandis que si le marché était annulé plus tard, après l'approbation et en pleine exécution pour vices révélés tardivement l'entrepreneur aurait droit à une indemnité. Cons. d'Ét. 14 mai 1886, Leb. p. 414,

Il fait foi jusqu'à inscription de faux pour les énonciations qui ont trait à l'opération elle-même et l'administration n'est pas recevable à contester par la voie ordinaire le montant du rabais qui y est inscrit.
— Cons. d'Ét. 28 janvier 1887, Leb. p. 94.

Approbation

Le rôle de l'entrepreneur quant à la formation du contrat est achevé mais l'administration n'est pas encore liée à son égard ainsi qu'il résulte de l'art. 17 du décret de 1882.

« Sauf les exceptions spécialement autorisées ou résultant des dispositions particulières à certains services, les adjudications et réadjudications sont subordonnées à l'approbation du ministre et ne sont valables et définitives qu'après cette approbation. Les exceptions spécialement autorisées, doivent être relatées dans le cahier des charges ».

Actuellement et par suite d'une disposition nouvelle du cahier des charges de 1910, l'approbation émanera du préfet agissant au nom du ministre si l'adjudication n'a donné lieu à aucune réclamation ou protestation, et du ministre dans les autres cas.

L'administration reste absolument libre de ne pas approuver l'adjudication sans avoir à donner de motifs.

C'est là une faculté exorbitante du droit commun,

qui met l'entrepreneur sous une véritable dépendance de l'administration, car après être passé à travers le crible administratif, et avoir accompli toutes les formalités qui l'ont amené jusqu'à la signature du procès-verbal d'adjudication, on pourrait considérer qu'il a fourni à l'administration toutes les garanties possibles.

On peut dire que l'obligation de l'administration après l'adjudication est une obligation conditionnelle sous la condition suspensive, tandis que l'entrepreneur est lié sous la condition résolutoire, il faut un événement nouveau pour résoudre son engagement.

Il en existe deux possibles : la surenchère et le refus d'approbation de l'administration supérieure.

L'article 16 du décret de 1882 prévoit en effet qu'il peut être fixé par le cahier des charges un délai pour recevoir des offres de rabais sur le prix de l'adjudication.

Si pendant ce délai qui ne doit pas dépasser 20 jours, il est fait une ou plusieurs offres de rabais d'au moins dix pour cent, il est procédé à une réadjudication entre le premier adjudicataire et l'auteur ou les auteurs des offres de rabais pourvu qu'ils aient, préalablement à leurs offres, satisfait aux conditions imposées par le cahier des charges pour pouvoir se présenter aux adjudications.

Il faut que cette faculté soit expressément stipulée dans le cahier des charges, elle doit avoir lieu dans

le délai de 20 jours et les offres de rabais doivent être d'au moins un dixième. Si ces trois conditions sont réunies, il y aura lieu à une réadjudication entre l'adjudicataire primitif et les auteurs des offres de rabais.

Si la réadjudication est prononcée en faveur du réadjudicataire, ce dernier sera substitué à l'adjudicataire primitif qui est censé n'avoir jamais été lié envers l'administration.

Quant au pouvoir discrétionnaire de l'administration d'approuver l'adjudication, il résulte de l'art. 5 du cahier des charges générales ; « L'entrepreneur ne peut prétendre à aucune indemnité dans le cas où l'adjudication n'est point approuvée ».

Dans tous les cas si l'administration peut ne pas approuver l'adjudication, elle n'aura pas le droit de substituer à l'adjudicataire un autre entrepreneur, pas même celui qui a fait le rabais le plus élevé après celui qui a été déclaré adjudicataire

Si par exemple une irrégularité a été commise et que l'administration supérieure en soit avisée par le recours gracieux de l'un des soumissionnaires, il devra être procédé à une nouvelle adjudication dans les formes ordinaires. Cons. d'Ét. 26 janvier 1877, Leb. p. 109, Cons. d'Ét. 16 mai 1890, Leb. p. 317.

Il va donc y avoir pour l'entrepreneur une période d'incertitude entre l'adjudication et l'approbation, mais comme elle ne saurait trop se prolonger sans por-

ter un préjudice à l'entrepreneur qui immobilise ses capitaux et ses moyens d'action, l'art. 5 du cahier des charges prévoit pour l'entrepreneur la faculté de renoncer à son adjudication, si l'approbation ne lui a pas été notifiée dans un délai qui courra de la date du procès-verbal d'adjudication et qui sera de dix ou de trente jours suivant que cette approbation sera donnée par le préfet ou le ministre. Il lui sera donné mainlevée de son cautionnement.

On peut considérer cette faculté comme le jeu de la condition résolutoire résultant de la propre volonté de l'entrepreneur.

Le cahier de 1910 innove en exigeant de l'adjudicataire une déclaration écrite de cette renonciation et en réduisant à dix jours le délai quand l'approbation émanera du préfet.

De plus, si l'adjudicataire n'a pas usé de cette faculté avant la notification de l'approbation, il sera engagé irrévocablement vis-à-vis de l'État par cette notification.

On a voulu éviter ainsi des renonciations tardives.

Une autre conséquence de l'approbation de l'adjudication est d'établir au profit de l'entrepreneur un droit acquis à l'exécution de tous les ouvrages qui sont compris à son marché et même de ceux qui n'étant pas prévus sont ordonnés en cours d'exécution alors qu'ils rentrent dans son entreprise. Cons. d'Ét., 26 mai 1905, Leb., p. 483.

L'administration ne peut ni les faire exécuter par un tiers, ni les exécuter elle-même sans donner ouverture à un droit à indemnité au profit de l'entrepreneur. Cons. d'Ét., 25 mai 1877, Leb. p. 485, 26 mai 1905, Leb. p. 483.

Recours contre les adjudications

Pour en terminer avec la matière des adjudications il reste à se demander si un recours pour excès de pouvoir peut être ouvert pour irrégularités, pour inobservation des formalités.

Ainsi que je l'ai signalé ci-dessus, les soumissionnaires ont le droit de faire insérer au procès-verbal, leurs protestations ou réclamations. En général ceux qui usent de ce droit n'ont pas l'intention de s'en tenir là.

Ils pourront par un recours gracieux auprès du ministre empêcher celui-ci d'approuver une adjudication irrégulière, mais ce n'est pas à dire, que si malgré ces avertissements le ministre approuve quand même l'adjudication, les concurrents évincés seront désarmés.

Un recours devant le Conseil d'État leur est ouvert. Ce recours n'est possible que contre l'acte administratif qui a approuvé l'adjudication irrégulière et la décision à intervenir ne saurait avoir d'autre résultat que le maintien ou l'annulation de l'adjudication,

dans aucun cas on ne pourra substituer un autre soumissionnaire à l'adjudicataire.

J'ai déjà indiqué l'impossibilité pour les entrepreneurs d'exercer un recours contre les marchés de gré à gré passés par l'administration en violation des règles établies et de la loi, et je n'y reviendrai pas. Cons. d'Ét., 4 juillet 1873, D. P. 74.3.91; Cons. d'Ét., 14 juillet 1876, Leb. p. 667; Cons. d'Ét., 18 janvier 1878, Leb. p. 52; Cons. d'Ét., 4 mars 1887, Leb. p. 207.

Toute autre est la situation lorsqu'il y a eu adjudication.

La jurisprudence reconnaît ici le droit de contester la régularité des opérations en formant un recours devant le Conseil d'État pour excès de pouvoir et ceci pour deux raisons principales.

D'abord parce que l'adjudication est une opération administrative qui n'aboutit à un contrat que par une série d'actes d'autorité, et non pas de gestion, depuis l'avis d'adjudication qui doit être publié, jusqu'à l'approbation du procès-verbal d'adjudication.

Ensuite parce qu'il n'existe pas de recours parallèle au profit des entrepreneurs et que leur refuser ce recours devant le Conseil d'État constituerait un véritable déni de justice.

Cette justification a été mise en lumière par M. le commissaire du Gouvernement dans une affaire qui aboutit à l'arrêt du 21 mars 1890, Leb. p. 321.

« Nous ne voyons pas, disait-il, comment le Conseil

de préfecture, juge des marchés de travaux publics, pourrait être saisi utilement par un entrepreneur exclu de l'adjudication.»

Ce recours pour excès de pouvoir peut se fonder uniquement sur les irrégularités de la procédure des adjudications, toutes les fois que ces irrégularités sont de nature à porter atteinte à la libre concurrence ou au principe de l'égalité absolue qui doit régner entre les concurrents.

Cette égalité étant la raison d'être de la plupart des formalités de la procédure d'adjudication, l'administration ne doit pas avoir deux poids et deux mesures, et opposer à certains concurrents une rigueur qu'elle n'opposerait pas à d'autres.

« Les concurrents sont appelés par des affiches à prendre part à l'adjudication, ils font des demandes, des études, ils préparent des capitaux, déposent des cautionnements. L'administration ne peut pas après les avoir détournés de leurs affaires en leur annonçant qu'elle suivrait certaines formes pour les adjudications, violer elle-même ces formalités.»

Tel serait le cas si l'adjudicataire n'avait pas accompli des conditions qui étaient imposées aux autres soumissionnaires exonération de versement de cautionnement : Cons d'Ét., 12 janvier 1877, Leb. p. 57 dispense de production du certificat de capacité; Cons. d'Ét., 9 janvier 1868, Leb. p. 12; Cons. d'Ét., 29 nov. 1866, Leb. p. 1085.

Cependant il a été jugé que le défaut de visa du certificat de capacité par l'ingénieur pour l'un des soumissionnaires, n'entraînait pas la nullité de l'adjudication prononcée à son profit, parce que dans l'espèce, il résultait des énonciations du procès-verbal, qu'au début de la séance, au moment où l'absence du visa de l'ingénieur en chef sur les certificats produits était signalée, cet ingénieur avait déclaré qu'il était prêt à délivrer ce visa et que de plus il pouvait témoigner de la capacité et de la solvabilité de l'adjudicataire. Cons. d'Ét., 9 janvier 1868, Leb., p. 12.

Le recours devrait être également admis, si des renseignements officieux avaient été donnés à certains concurrents et pas à d'autres, ou s'il leur avait été accordé des simplifications de formalités, mais il ne faudrait pas qu'il s'agisse de facilités qui étaient à la portée de tous.

Pour apprécier la portée de l'irrégularité il n'y a pas à rechercher si les formes étaient édictées dans l'intérêt de l'administration ainsi que l'a fait quelquefois le Conseil d'État.

Le critérium a été formulé par M. Aucoc : « Le Conseil d'État recherche si la violation de ces formes a pu exercer une influence sur les rapports respectifs des soumissionnaires entre eux et sur les résultats de l'adjudication. »

Le cas le plus flagrant d'irrégularité serait celui où

le soumissionnaire déclaré adjudicataire ne serait pas celui qui a fait le rabais le plus considérable.

Quoique invraisemblable que puisse paraître cette hypothèse, elle s'est déjà réalisée. Cons. d'Ét., 26 juillet 1851, Leb. p. 537; Cons. d'Ét., 21 mars 1890, Leb. p. 495.

Le bureau d'adjudication avait écarté des soumissionnaires pour des motifs qui ont ensuite été jugés illégaux, alors qu'ils étaient ceux qui avaient fait le rabais le plus élevé.

J'estime qu'il en serait de même, si le bureau procédait à une réadjudication séance tenante, dans le cas de rabais égaux offerts par plusieurs soumissionnaires alors que l'un d'eux ne serait pas présent.

Il faut en principe que le réclamant ait un intérêt à voir tomber l'adjudication, par exemple en faisant valoir que si les règles établies par la législation et le cahier des charges avaient été strictement accomplies, la soumission de son concurrent aurait été écartée, et qu'il aurait été déclaré adjudicataire, ou inversement que si sa soumission n'avait pas été écartée il avait fait le plus fort rabais.

On trouve cependant à la suite de l'arrêt du 9 janvier 1868, Leb. p. 12, l'observation suivante :

« Il serait juste de considérer également comme nulle, toute adjudication dans laquelle les formes essentielles auraient été arbitrairement violées sans

avoir à rechercher quelle influence aurait pu avoir la violation de ces formes.»

Le Conseil d'État doit en cette matière exercer son droit de contrôle dans des conditions très larges.

Il faudra également admettre le recours pour excès de pouvoir lorsque des entrepreneurs auront été écartés pour avoir déclaré dans leur soumission qu'ils n'acceptaient pas des clauses illégales imposées par l'administration dans le cahier des charges, alors qu'ils avaient offert des rabais plus forts que ceux des entrepreneurs déclarés adjudicataires.

Cons. d'Ét., 31 mars 1890, Leb. p. 321; Cons. d'Ét. 25 janvier 1895, Leb. p. 87.

Ce recours pour excès de pouvoir doit être formé dans les trois mois après l'arrêté du préfet approuvant l'adjudication. Cons. d'Ét., 10 novembre 1882, Leb. p. 871.

Ce délai est fixé par le décret du 22 juillet 1806, et la loi du 11 juin 1859.

Pour pouvoir exercer ce recours, il suffit d'être inscrit sur la liste d'admissibilité.

On a prétendu que seuls les soumissionnaires ayant fait le rabais le plus élevé pouvaient exercer ce recours parce qu'ils avaient un droit acquis au bénéfice de l'adjudication et que seuls ils pouvaient invoquer la violation de la loi.

Cette théorie ne doit pas être acceptée.

D'abord parce que la déclaration de l'adminis-

tration proclamant adjudicataire un soumissionnaire autre que celui qui a fait le plus fort rabais est une déclaration illégale *erga omnes*.

D'autre part le droit acquis basé sur l'offre du plus fort rabais n'existe pas puisque l'administration supérieure peut écarter l'auteur de cette offre en refusant d'approuver l'adjudication.

En réalité la qualité sur laquelle se fonde la recevabilité du recours, est celle de concurrent admis à participer à l'adjudication, et en recourant à l'adjudication, l'administration s'engage envers tous les entrepreneurs qu'elle agréé, à observer toutes les formalités tendant à maintenir entre eux l'égalité.

On peut donc dire qu'ils ont tous un droit égal au bénéfice éventuel de l'adjudication et toute irrégularité de la procédure qui rompt cette égalité rend tous les concurrents recevables à former le recours en annulation de l'adjudication.

D'ailleurs, l'annulation de l'adjudication entraînant résolution du marché de l'adjudicataire, une nouvelle adjudication pourra avoir lieu et tous les soumissionnaires de la première adjudication pourront à nouveau courir la chance d'être adjudicataires.

Il faut admettre encore le recours pour excès de pouvoir exercé par les chambres syndicales dans le cas où les entrepreneurs eux-mêmes à titre individuel, pourraient agir.

Leur intervention ne se justifie d'ailleurs que dans les cas où des intérêts corporatifs sont en jeu.

Toutefois, il faudra que ces chambres syndicales se gardent d'attaquer les cahiers des charges eux-mêmes ou les arrêtés du préfet prescrivant les adjudications, car ces actes ne portant atteinte qu'à des droits éventuels, sont des actes préparatoires à l'adjudication et ne sont pas susceptibles de recours. Cons. d'Ét. 31 mars 1890, Leb. p. 321. C'est à l'arrêté approuvant l'adjudication passée irrégulièrement, qu'elles devront s'en prendre.

Les tiers peuvent-ils avoir un recours et parmi eux un entrepreneur qui n'ayant pas été avisé de l'adjudication, par suite du défaut de publicité ou de l'inobservation des délais d'affichage, n'a pu soumissionner, pourra-t-il poursuivre l'annulation de l'adjudication?

Il semble bien que le Conseil d'État admette de leur part le recours pour inobservation des formalités de publicité. Ceci semble résulter d'une décision du 14 mars 902, Leb. p. 196, dans laquelle on voit un particulier former un recours en annulation contre une affiche annonçant une adjudication contenant l'arrêté du maire et prévenant le public de l'adjudication, parce que cette affiche n'était pas restée exposée pendant le délai réglementaire. Le Conseil d'État a rejeté ce recours en annulation, parce qu'il était formé contre l'affiche contenant l'arrêté du maire. Le Conseil

d'Etat constate que cette affiche constitue une décision purement préparatoire, non susceptible d'être déferée au Conseil d'Etat qui ne peut procéder que contre des actes exécutoires par eux-mêmes.

Mais le Conseil d'Etat dit dans ses considérants : « Il appartient au requérant de poursuivre le cas échéant, et s'il se croyait fondé, devant la juridiction compétente, l'annulation de l'adjudication à laquelle il aurait été procédé irrégulièrement. »

C'est au requérant à voir si, l'adjudication faite, il n'aura pas de recours en annulation devant une juridiction compétente, et cet arrêt semble bien lui réserver ce recours en annulation.

A citer encore le recours de l'entrepreneur à l'encontre duquel une réadjudication sur folle enchère a été prescrite, qui a intérêt à ce que les choses se passent régulièrement lors de la réadjudication. Cons. d'Ét. 18 novembre 1904, Leb. p. 726.

Enfin une dernière observation terminera ce chapitre.

Lorsque l'administration a approuvé l'adjudication, alors que les formalités n'avaient pas été observées, elle ne pourra plus revenir sur sa décision, alors que le contrat est formé. Si elle prononçait la résiliation après l'approbation pour inobservation des formes, une indemnité serait accordée à l'entrepreneur. Cons. d'Ét. 14 mai 1886, Leb. p. 414.

Marchés de gré à gré

Aux marchés résultant d'une adjudication, on oppose les marchés de gré à gré qui sont régis pour les travaux de l'État par les art. 18 à 22 du décret du 18 novembre 1882.

Ces marchés ne peuvent être passés que dans les cas exceptionnels énumérés par l'art. 18 savoir :

« 1^o Pour les fournitures, transports et travaux dont la dépense totale n'excède pas 20.000 francs, ou, s'il s'agit d'un marché passé pour plusieurs années, dont la dépense annuelle n'excède pas 5.000 francs;

2^o Pour toute espèce de fournitures, de transports ou de travaux, lorsque les circonstances exigent que les opérations du Gouvernement soient tenues secrètes; ces marchés doivent préalablement avoir été autorisés par le Président de la République, sur un rapport spécial du ministre compétent;

3^o Pour les objets dont la fabrication est exclusivement attribuée à des porteurs de brevets d'invention;

4^o Pour les objets qui n'auraient qu'un possesseur unique;

5^o Pour les ouvrages et objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou industriels éprouvés;

6^o Pour les travaux, exploitations, fabrications et fournitures qui ne sont faits qu'à titre d'essai ou d'étude;

7^o Pour les travaux que des nécessités de sécurité publique empêchent de faire exécuter par voie d'adjudication ;

8^o Pour les objets, matières et denrées qui, à raison de leur nature particulière et de la spécialité de l'emploi auquel ils sont destinés, doivent être achetés et choisis aux lieux de production ;

9^o Pour les fournitures, transports ou travaux qui n'ont été l'objet d'aucune offre aux adjudications, ou à l'égard desquels il n'a été proposé que des prix inacceptables ; toutefois, lorsque l'administration a cru devoir arrêter et faire connaître un maximum de prix, elle ne doit pas dépasser ce maximum ;

10^o Pour les fournitures, transports et travaux qui, dans les cas d'urgence évidente, amenée par des circonstances imprévues, ne peuvent pas subir les délais d'adjudications ;

11^o Pour les fournitures, transports ou travaux que l'administration doit faire exécuter aux lieu et place des adjudicataires défaillants et à leurs risques et périls ».

De plus, le décret du 4 juin 1888, art. 2, autorise les marchés de gré à gré avec les sociétés d'ouvriers pour les travaux dont la dépense ne dépasse pas 20.000 francs.

Ici l'administration a le libre choix de son entrepreneur dont l'aptitude professionnelle est laissée à son appréciation sans aucune condition de fond ni de forme.

Mais en ce qui concerne la solvabilité de l'entrepreneur, l'administration doit suivre les règles relatives aux cautionnements, l'art. 19 *in fine* du décret de 1882 est formel, il ne peut, toutefois, s'agir que du cautionnement définitif. Le cautionnement provisoire ne peut être exigé que dans les marchés de gré à gré conclus après concours.

Il va de soi que ces marchés, sauf le concours, ne sont soumis à aucune publicité.

L'autorité compétente pour passer les marchés de gré à gré est indiquée par l'art. 19 : « Les marchés de gré à gré sont passés par les ministres ou par les fonctionnaires qu'ils ont délégués à cet effet ».

En général, le délégué du ministre sera le préfet, mais les chefs du service technique peuvent l'être également.

Il faudra donc une délégation spéciale dans chaque cas particulier. Le défaut de délégation entraînerait la nullité du marché passé avec un fonctionnaire sans qualité pour représenter l'État.

« Les marchés passés par les délégués du ministre sont subordonnés à son approbation, si ce n'est en cas de force majeure ou sauf les dispositions particulières à certains services et les exceptions spécialement autorisées.

« Les cas de force majeure ou les autorisations spéciales doivent être relatés dans lesdits marchés. »

Ce sont des marchés écrits rédigés à l'avance par

l'administration seule et l'entrepreneur accepte en bloc, il y adhère sans aucune solennité :

1^o Soit sur un engagement souscrit à la suite du cahier des charges;

2^o Soit sur une soumission souscrite par celui qui propose de traiter;

3^o Soit sur correspondance, suivant les usages du commerce.

On peut se dispenser de marché écrit pour les travaux dont la valeur présumée n'excède pas mille cinq cents francs et qui peuvent être exécutés sur simple mémoire (art. 22).

Tout marché de gré à gré doit rappeler celui des paragraphes de l'art. 18 dont il est fait application.

Les marchés de gré à gré pour les travaux communaux sont régis par l'art. 2 de l'ordonnance du 14 novembre 1837.

DEUXIÈME PARTIE

RÉSOLUTION DU MARCHÉ DE TRAVAUX PUBLICS

CHAPITRE PREMIER

Achèvement normal de l'entreprise

On peut classer en quatre catégories les événements qui amènent la fin du contrat de marché de travaux publics. Ce sont :

- 1^o L'achèvement normal de l'entreprise;
- 2^o La résiliation de plein droit;
- 3^o La résiliation prononcée par l'administration;
- 4^o La résiliation prononcée par les tribunaux administratifs sur la demande de l'entrepreneur.

Partant de cette division, j'étudierai d'abord l'achèvement normal de l'entreprise.

Il va de soi que l'on ne peut rien imaginer de plus régulier pour délier et l'administration et l'entrepreneur de leurs engagements réciproques.

Il va falloir faire constater officiellement que toutes les conditions du contrat ont été remplies et donner, d'une part à l'administration, la possibilité

de faire réparer au compte de l'entrepreneur des malfaçons qui n'auraient pu être constatées de suite, et d'autre part donner à l'entrepreneur, le droit d'exiger le remboursement des sommes qui garantissent sa bonne exécution, ainsi que le solde de son entreprise.

Ces résultats seront atteints par le jeu normal des formalités de la réception provisoire et de la réception définitive.

§ 1^{er}. — *Réception provisoire*

Lorsqu'un entrepreneur estime que ses travaux sont achevés et exécutés selon les indications de l'administration, il doit les mettre en état d'être reçus, en d'autres termes en état d'être livrés à l'usage auquel on les destine.

L'art. 46 du cahier des clauses et conditions générales de 1910 reproduit textuellement le texte du cahier de 1892 :

« Immédiatement après l'achèvement des travaux, il est procédé à une réception provisoire par l'ingénieur ordinaire en présence de l'entrepreneur ou lui dûment appelé par écrit. En cas d'absence de l'entrepreneur, il en est fait mention au procès-verbal. »

La réception est donc contradictoire, car au cours de cette opération il peut être signalé des malfaçons et la présence de l'entrepreneur est indispensable tant pour sa défense que pour lui rendre opposables

les décisions de l'administration sur la réfection des ouvrages.

C'est pour cette dernière raison que l'art. 46 ajoute :
En cas d'absence de l'entrepreneur il en est fait mention au procès-verbal. »

La réception provisoire est constatée par un procès-verbal fait en triple expédition dont une est envoyée à l'ingénieur en chef, l'autre remise à l'entrepreneur et enfin la troisième est conservée dans les bureaux de l'ingénieur ordinaire.

Ce procès-verbal doit constater l'état des travaux, leur bonne ou mauvaise exécution et mentionner les malfaçons. Dans ce dernier cas, il doit prescrire un complément d'ouvrages et déclarer si oui ou non l'entreprise est en état d'être reçue provisoirement.

L'entrepreneur a d'ailleurs le droit de contester les énonciations du procès-verbal et de porter les difficultés auxquelles il peut donner lieu devant le conseil de préfecture.

La réception provisoire, outre, qu'elle donne droit au paiement des travaux, sauf retenue de 1/10^e pour garantie, a pour effet de faire courir le délai de garantie pendant lequel l'entrepreneur doit l'entretien de ses ouvrages et reste responsable des malfaçons qui pourraient se révéler durant ce temps.

La durée du délai de garantie est fixée par l'art. 47 du cahier des clauses et conditions générales :

« A défaut de stipulation expresse dans le devis,

ce délai est de six mois à dater de la réception provisoire pour les travaux d'entretien, les terrassements et les chaussées d'empierrement, et d'un an pour les ouvrages d'art.»

On voit dès lors le gros intérêt qu'il y a pour l'entrepreneur à ce qu'il soit procédé à la réception provisoire immédiatement après l'achèvement des travaux.

C'est un devoir pour l'administration d'y procéder et c'est un droit pour l'entrepreneur de l'exiger.

Aussi, si l'administration, à laquelle est laissé le choix du jour où s'effectuera cette opération, tarde trop, l'entrepreneur a le droit de mettre l'administration en demeure d'avoir à y procéder. Si elle n'en fait rien, il pourra saisir le conseil de préfecture pour qu'il décide que les travaux sont en état de réception, sans qu'il y ait pour cela ingérence de ce tribunal dans les affaires administratives.

Une caractéristique de la réception provisoire est d'avoir lieu sitôt après l'achèvement des travaux.

Toutefois, l'entreprise étant résiliée, l'entrepreneur a le droit de requérir la réception provisoire et la réception définitive des travaux exécutés jusqu'au jour de la résiliation et le refus de procéder à l'accomplissement de ces formalités ne peut lui préjudicier. Cons. d'État, 18 mars 1904, Leb. p. 243.

C'est donc au jour de la résiliation que les travaux exécutés par l'entrepreneur ou pour son compte

doivent être considérés comme se trouvant en état de réception provisoire lorsque la résiliation a été demandée par lui. Cons. d'État, 13 nov. 1896, Leb. p. 720; 18 mars 1904, Leb. p. 24.

De même en l'absence de malfaçon, la réception provisoire a été fixée au jour de la suspension des travaux. Cons. d'État, 31 juillet 1903, Leb. p. 604.

L'administration prendra quelquefois possession de l'ouvrage sans qu'il y ait eu réception provisoire.

Devra-t-on considérer que cette prise de possession entraînera implicitement réception et produira les mêmes effets. Une distinction s'impose. Si l'administration a pris possession de l'ouvrage pour se livrer à des essais sur la bonne exécution des travaux, on ne saurait prendre date de ces essais pour faire courir le délai de garantie. C'est ainsi qu'il a été jugé que la mise en charge de conduites d'eau destinée à s'assurer de leur résistance à la pression, ne devait pas être considérée comme un fait équivalent à la réception provisoire.

Il faut pour cela que l'administration ait fait usage de l'ouvrage, qu'elle l'ait livré à sa destination.

Dans cet ordre d'idées, la réception provisoire des travaux d'une ligne de chemin de fer a été fixée au jour de la mise en exploitation de la ligne, encore bien que le procès-verbal n'eût été signé qu'à une date ultérieure. Cons. d'État, 10 décembre 1897, Leb. p. 777; 2 décembre 1898, Leb. p. 759; 17 février 1899, Leb. p. 144.

Pour que cette prise de possession soit équivalente à la réception provisoire il ne faut pas que l'entrepreneur ait refusé d'exécuter des ordres de service réguliers. Un arrêt du Conseil d'État du 26 janvier 1906, Leb. p. 84, établit bien cette condition. Lorsque des entrepreneurs, dit-il, se refusent à exécuter des enduits prévus au devis malgré l'ordre de service qui leur a été donné, les travaux ne sauraient être considérés comme en état de réception provisoire, par la mise en service de l'ouvrage; dans l'espèce cette réception a été reportée à la date du parachèvement ou de la remise des travaux prévus.

S'il en était autrement, il serait très simple à l'entrepreneur de retarder à son gré la mise en service des ouvrages parce que l'administration ne voudrait le faire de crainte de faire courir le délai de garantie.

Mais il ne faut pas pousser trop loin cette idée et il faut admettre que le fait qu'il existe quelques malfaçons insignifiantes non réparées encore, ne peut faire obstacle à la réception provisoire. Il en est de même de la réception définitive et la jurisprudence est constante en ce sens. Cons. d'Ét., 21 février 1902, Leb. p. 134; Cons. d'Ét., 29 avril 1898, Leb. p. 338; Cons. d'Ét., 13 février 1903, Leb. p. 134; Cons. d'Ét., 2 février 1900, Leb. p. 92; Cons. d'Ét., 6 avril 1900, Leb. p. 290; Cons. d'Ét., 22 mai 1896, Leb. p. 423.

En principe, c'est surtout d'après la commune intention des parties qu'il faudra se déterminer, par

exemple la présentation du décompte définitif des travaux à l'entrepreneur par l'administration équivaut à la réception provisoire. Cons. d'Ét., 23 novembre 1900, Leb. p. 667.

L'obligation d'entretenir les ouvrages pendant le délai de garantie n'implique pas à l'encontre de l'entrepreneur la responsabilité des vices du plan, pas plus que des dégâts résultant d'événement de force majeure ou bien de l'emploi anormal de l'ouvrage. Il n'est responsable que des dégradations qui proviennent de sa faute ou de son fait tels que des mal-façons dans la mise en œuvre des matériaux ou la mauvaise qualité de ces derniers, à la condition toutefois que leur provenance n'ait pas été indiquée par les ingénieurs.

Par la réception provisoire l'entrepreneur est déchargé des risques puisqu'il a donné livraison de son ouvrage.

§ 2. — *Réception définitive*

A l'expiration du délai de garantie, il est procédé de la même manière à la réception définitive des ouvrages.

Si l'administration n'y procède pas, l'entrepreneur peut après une mise en demeure préalable saisir le conseil de préfecture par une requête comme pour la réception provisoire. Celui-ci, sans prononcer la

réception définitive, déclarera simplement que les travaux sont en état d'être reçus définitivement et il en tirera toutes les conséquences pécuniaires de droit.

La réception définitive fait rentrer l'entrepreneur dans le droit commun. Plus de régie ou de réadjudication sur folle enchère, les prérogatives de l'administration disparaissent puisque le travail est exécuté conformément à l'intérêt public.

Elle rend exigible le remboursement du cautionnement, le paiement du solde de l'entreprise ainsi que le paiement de la retenue de garantie dans les trois mois qui suivent le procès-verbal.

A noter que sous l'empire du cahier de 1892, les intérêts pour retard de paiement calculés d'après le taux légal pour les sommes restant dues, couraient de plein droit par le seul fait de l'expiration de ce délai de trois mois. Cons. d'État, 9 décembre 1898, Leb. p. 792; tandis qu'une nouvelle disposition de l'art. 49 du cahier de 1910 déclare que ces intérêts ne seront payés à l'entrepreneur que sur sa demande et à partir du jour de cette demande.

Sans doute, cette disposition ramène au droit commun et pour cette raison ne saurait être trop critiquée.

Mais ainsi que le constate la circulaire ministérielle du 29 décembre 1910, c'est surtout pour éviter le préjudice que peuvent causer au Trésor certains

retards de liquidation. « Il arrive en effet parfois que les ingénieurs perdent de vue la liquidation d'une entreprise; la demande de l'entrepreneur sera un stimulant pour le service liquidateur. »

C'est là une constatation pénible pour l'amour-propre de l'administration, mais il faut reconnaître que ce reproche s'adresse encore bien plus aux services d'architecture qu'à ceux des Ponts et Chaussées.

Il n'est pas rare de voir des entrepreneurs attendre la liquidation de leur entreprise pendant des années par l'incurie ou la négligence des agents de ces services. Est-ce que ceux-ci ont d'ailleurs la moindre notion des complications qui peuvent survenir à un entrepreneur qui, comptant sur une rentrée de fonds à laquelle il a droit, la voit se reculer de mois en mois pour ne pas dire d'année en année ! Il est vrai qu'en ne travaillant que quelques heures par jour, et avec quel entrain, les vérifications de mémoires ne peuvent aboutir que tout doucement à un règlement de compte.

La responsabilité de bien des faillites malheureuses incombe à ces fonctionnaires, mais ils portent allègrement ce fardeau et l'indifférence générale qui les envahit ne leur permet pas de s'apercevoir du rôle inutile et encombrant qu'ils jouent dans la vie sociale d'un pays.

La réception définitive clôt le délai de garantie

et décharge dès lors l'entrepreneur de son obligation d'entretenir ses ouvrages.

Si des malfaçons n'ont pas été signalées dans le délai de garantie, elles ne peuvent plus l'être après, et la réception définitive doit être acquise, il y a lieu d'ordonner le remboursement du dixième de garantie. Cons. d'Ét., 9 décembre 1898, Leb. p. 792 et 8 décembre 1905, Leb. p. 923.

Il ne pourra plus se produire de réclamations sur les quantités d'ouvrage et les prix.

Pas plus que l'administration ne saurait subordonner la réception définitive à l'exécution de certains travaux lorsqu'aucune malfaçon n'a été signalée pendant le délai de garantie, elle ne saurait encore moins faire exécuter ces travaux en régie au compte de l'entrepreneur. Cons. d'Ét., 9 décembre 1898, Leb. p. 792.

La réception définitive peut être implicite.

Dans le cas où le maître de l'ouvrage a pris possession de l'ouvrage qui a été peu de temps après achevé, que le cautionnement a été remboursé à l'entrepreneur ainsi que le montant de la retenue de garantie, cet entrepreneur ne peut être tenu d'entretenir, ni de réparer des malfaçons. Cons. d'Ét., 15 décembre 1905, Leb. p. 946 et 24 juillet 1908, Leb. p. 815.

En général, cette réception implicite ne pourra résulter que d'une opération susceptible d'être contradictoirement effectuée.

Il ne faut pas aller jusqu'à admettre qu'elle a lieu par la seule expiration du délai de garantie, à moins que depuis l'occupation des ouvrages antérieure à la réception provisoire, les services aient fonctionné sans interruption et qu'aucune malfaçon ni erreur de métré n'ait été relevée par la commission des travaux. Cons. d'Ét., 14 juin 1901, Leb. p. 542.

Toutefois, en cas de résiliation, il a été décidé que la date de la réception définitive pour les travaux exécutés avant la résiliation du marché, devrait être fixée à l'expiration de l'année ayant suivi la date à laquelle la réception provisoire avait été fixée. Cons. d'Ét., 18 mars 1904, Leb. p. 243.

Comme la réception provisoire, la réception définitive donne lieu à un procès-verbal dans lequel on pourra signaler des malfaçons et subordonner la réception définitive à leur réfection.

La réception définitive ne libère pas l'entrepreneur de la responsabilité décennale des vices de construction résultant des art. 1792 et 2270 du Code Civil.

Cette responsabilité de droit commun qui était admise par la jurisprudence du Conseil d'État (31 janvier 1908, Leb. p. 104; 26 juillet 1901, Leb. p. 696; 7 juillet 1899, Leb. p. 526) a été inscrite dans un nouveau paragraphe de l'art. 47 du cahier de 1910 : « Réserve est faite au profit de l'État de l'action en garantie prévue par les art. 1792 et 2270 du Code Civil. »

La distinction entre les malfaçons et les vices de construction a une importance capitale au point de vue de la durée de garantie due par l'entrepreneur.

La circulaire ministérielle du 29 décembre 1910 se base sur l'importance de la malfaçon et sur l'idée de fraude commise malgré la surveillance des agents de l'État.

Si la malfaçon résulte d'une fraude et qu'elle soit assez grave pour compromettre la solidité ou la durée de l'ouvrage, ce sera la prescription de dix ans qui s'appliquera, sinon la réception définitive sans réserve couvrira.

Mais cette responsabilité ne saurait s'étendre à l'encontre de l'entrepreneur pour les vices du sol et du plan pour lesquels l'ingénieur seul est responsable. Cons. d'Ét., 31 janvier 1908, Leb. p. 104. En effet quoique l'art. 1792 du Code Civil mette à la charge de l'entrepreneur, la responsabilité du vice du sol, en matière de travaux publics ce serait une iniquité puisque c'est l'administration seule qui choisit le lieu où s'effectueront les travaux. On peut donc dire en principe que cette responsabilité décennale n'existe que pour le vice de construction et encore l'entrepreneur pourrait-il y échapper, s'il prouvait que la construction a été exécutée par lui conformément à des ordres de service exprès qu'il ne peut discuter et avec des matériaux qui lui ont été imposés par les ingénieurs.

D'ailleurs, en matière de travaux publics, au point de vue de la responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur, la solidarité n'est pas de droit. Cons. d'Ét., 26 juillet 1901, Leb. p. 696.

CHAPITRE II

Résiliation de plein droit

J'ai placé dans un chapitre séparé les résiliations de plein droit, car elles ont lieu automatiquement sans que personne n'ait à formuler une demande.

Il faut qu'il se produise un fait générateur nouveau pour que le contrat soit maintenu.

Il consistera dans les offres des héritiers ou des créanciers acceptées par l'administration.

§ 1^{er}. — *Décès de l'entrepreneur*

Ainsi que j'ai eu l'occasion de l'exposer ci-dessus, le marché de travaux publics est un contrat *intuitu personæ* et puisque la considération de la personne avec laquelle l'administration a traité est un élément principal, la disparition de cette personne va naturellement entraîner la résiliation du contrat.

C'est l'application de l'art. 1795 du Code Civil. « Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, architecte ou entrepreneur. »

Les déclaration et références sont propres à cette personne et ses héritiers peuvent n'avoir aucune des qualités morales ou des connaissances professionnelles du *de cuius*.

Voilà pourquoi l'art. 36 du cahier de 1910 qui reproduit textuellement celui de 1892 dispose : « En cas de décès de l'entrepreneur, le contrat est résilié de droit, sauf à l'administration à accepter, s'il y a lieu, les offres qui peuvent être faites par les héritiers pour la continuation des travaux. »

C'est le décès du signataire du marché qui entraîne la résolution et la survivance d'associés connus de l'administration et avec lesquels elle a correspondu directement n'empêche pas la résiliation dès lors qu'ils n'étaient pas partie au contrat.

Cons. d'Ét., 10 janvier 1873. Leb. p. 37.

Par contre, si plusieurs entrepreneurs ont soumissionné conjointement et que l'un d'eux décède, le ou les survivants ne peuvent pas réclamer la résiliation Cons. d'Ét., 7 Février 1873, Leb. p. 137.

Cette résiliation étant établie dans l'intérêt de l'administration, c'est à elle de prendre toutes les mesures nécessaires résultant de la résiliation; aussi les héritiers ne peuvent se voir imputer aucune dépense ni être rendus responsables de négligence, puisqu'ils restent étrangers à l'entreprise pour l'avenir.

Cons. d'Ét., 30 novembre 1900, Leb. p. 708.

Les comptes doivent être arrêtés au jour du décès et si les héritiers sont responsables vis-à-vis de l'administration des malfaçons de leur auteur, par le fait qu'ils ne sauraient être tenus d'une obligation

de faire, cette responsabilité se traduit en une indemnité pécuniaire qu'ils devront verser à l'administration.

Cons. d'Ét., 13 décembre 1878, Leb. p. 1032.

Les héritiers ont certainement la faculté d'exercer les droits et actions appartenant à leur auteur et que celui-ci avait pu se constituer à l'encontre de l'administration.

Ils ont la faculté de faire des offres à l'administration pour continuer les travaux et de son côté, l'administration a la faculté de les accepter.

Il n'y a donc obligation pour personne, mais il faut qu'une demande soit faite.

Aucun délai n'est imposé aux héritiers, il suffit que les offres soient faites avant que l'administration ait pris parti, mais il faudra qu'ils conservent leur titre d'héritiers, sinon leur renonciation postérieure à la succession les empêcherait de continuer l'entreprise.

§ 2. — *Faillite*

La faillite devait nécessairement entraîner la résiliation du marché de travaux publics, puisque l'entrepreneur étant dessaisi de la gestion de ses affaires n'existe plus commercialement parlant.

Il lui est substitué un syndic, mandataire des

créanciers, et son crédit, autre élément du contrat, a disparu également,

Comme pour le cas de décès, c'est la faillite de celui qui a signé le marché qui entraîne la réalisation; s'il existe une société et que l'un des associés seulement soit déclaré en faillite pour des affaires indépendantes du marché, celui-ci continue avec les autres, mais si c'est la société toute entière qui est en faillite, la résiliation a lieu.

L'art. 37 du cahier de 1910 est ainsi conçu :

« Le contrat est également résilié de plein droit :

« 1^o En cas de faillite de l'entrepreneur, sauf à l'administration à accepter s'il y a lieu les offres qui peuvent être faites par les créanciers pour la continuation de l'entreprise ».

Cette offre facultative à la fois pour les créanciers et l'administration, doit émaner du syndic de la période préparatoire, et même, si l'entrepreneur obtient son concordat, l'administration, qui n'a pas à connaître les opérations intérieures auxquelles donne lieu la faillite, est toujours libre d'opposer la résiliation.

Une question très importante réside dans la compensation des sommes dues par l'entrepreneur à l'administration avec celles dont l'administration serait redevable envers l'entrepreneur.

Si la compensation est admise, c'est un véritable privilège reconnu à l'administration, car elle rentrera

intégralement dans ses créances, tandis qu'autrement elle viendrait au marc le franc.

Un arrêt du Conseil d'État du 29 juin 1900, Leb. p. 444, a formellement reconnu que la retenue de garantie non restituée à l'entrepreneur failli se compense avec les sommes qu'il doit par suite de la réadjudication sur folle enchère. L'administration bénéficie également de la réalisation du cautionnement, mais en dehors de ces deux exceptions elle viendra au marc le franc pour tout ce que l'entrepreneur peut lui devoir.

Les comptes sont arrêtés au jour où le failli a été dessaisi, c'est-à-dire au jour du jugement déclaratif de la faillite.

Avant d'abandonner ce sujet il se pose une question, qui quoique étrangère au plan général, n'en présente pas moins un gros intérêt.

Il s'agit de savoir si lorsque la faillite de l'entrepreneur a été causée par l'insuffisance des acomptes versés par l'administration, cette dernière ne saurait être rendue responsable et condamnée à payer une indemnité?

Je crois à l'affirmative par suite des termes d'un arrêt du 26 février 1897, Leb. p. 172, qui déclare que la mise en faillite de l'entrepreneur au cours des travaux, motivée par sa situation pécuniaire et non par suite de l'insuffisance des acomptes qui auraient dû lui être payés, eu égard à l'état d'avancement des

travaux ne saurait entraîner la responsabilité de l'administration et que par suite aucune indemnité n'est due .

Par *a contrario*, on peut dire que si des crédits étaient ouverts et que l'administration n'ait pas versé les acomptes demandés par simple négligence ou retard injustifié, elle devrait être condamnée à des dommages-intérêts envers l'entrepreneur.

§ 3. — *Liquidation judiciaire*

Le cahier des charges de 1910 établit entre la faillite et la liquidation judiciaire une distinction qui n'existait pas sous le régime du cahier de 1892.

En effet en 1892, art. 37, la résiliation avait lieu de plein droit en cas de liquidation judiciaire ou de faillite de l'entrepreneur indistinctement. Dans le cahier de 1910 on pourrait presque dire que pour la liquidation judiciaire la résiliation n'a plus lieu de plein droit, le nouvel art. 37 pose une condition. Le contrat sera résilié « si l'entrepreneur n'est pas autorisé par le tribunal à continuer l'exploitation de son industrie ».

Une différence assez notable sépare bien ces deux situations. A la différence de la faillite, la liquidation judiciaire n'entraîne qu'un dessaisissement partiel du débiteur, et puis elle ne fait pas encourir au liquidé, les mêmes incapacités qu'au failli, il n'y a donc pas

lieu de traiter les deux cas de la même manière. Et la circulaire ministérielle du 29 décembre 1910 ajoute : « Si l'exécution des travaux se trouve entravée d'une manière fâcheuse, par suite de l'intervention obligée des liquidateurs, l'administration pourra user des moyens coercitifs dont elle dispose et prononcer la mise en régie de l'entreprise ».

Cette innovation va donc réformer la jurisprudence du Conseil d'État contenue dans un arrêt du 29 mars 1901, Leb. p. 372, qui déclarait que l'entrepreneur mis en état de liquidation judiciaire ne pouvait, même avec l'autorisation des liquidateurs continuer à gérer son entreprise, les termes formels de l'art. 37 ne permettant pas d'autre interprétation.

On peut dire qu'à l'avenir, dans la plupart des cas, la liquidation judiciaire n'entraînera plus résiliation du marché de travaux publics.

CHAPITRE III

Résiliation prononcée par l'administration

La résiliation prononcée directement par l'administration résulte de l'application du principe général que l'entrepreneur doit exécuter strictement son contrat, c'est la condition résolutoire sous-entendue dans tout contrat. Mais cette prérogative, permettant à l'administration de se passer de l'intervention d'un tribunal et de se faire justice elle-même, a sa source dans l'intérêt public.

Ici on assiste à ce phénomène étrange de voir l'administration juge et partie, c'est elle qui dira que l'entrepreneur ne tient pas ses engagements vis-à-vis d'elle-même et c'est elle qui déclarera résilié le marché qu'elle a conclu avec l'entrepreneur.

Elle seule jugera de l'opportunité de cette mesure, car l'entrepreneur est sans droit pour la faire prononcer au profit de l'administration. Aucun délai ne lui est imposé, à moins que l'entrepreneur ait tenu plus tard ses engagements, auquel cas elle ne pourrait plus prononcer la résiliation. Cons. d'Ét., 16 décembre 1904, Leb. p. 834.

La résiliation prononcée par l'administration est très souvent précédée de mesures coercitives, aussi

vais-je étudier rapidement la mise en régie et la réadjudication sur folle enchère.

§ 1^{er}. — *Mise en régie*

Elle sera motivée en général par des retards dans l'exécution résultant de la négligence, de l'impéritie ou du mauvais vouloir des entrepreneurs, par des infractions au devis ou par le refus de se conformer aux ordres de service.

A ce propos on sait que les ordres de service jouissent d'une double prérogative. Ce sont des actes d'autorité empruntant à eux-mêmes leur force exécutoire, jouissant de l'exécution préalable, et ce sont des actes interprétatifs du marché.

Ces prérogatives leur appartiennent non seulement lorsqu'ils restent dans les limites du devis, mais même s'ils y apportent des modifications.

Un délai très court est accordé à l'entrepreneur pour réclamer.

« Lorsque l'entrepreneur estime que les prescriptions d'un ordre de service, dépassent les obligations de son marché, il doit sous peine de forclusion, en présenter l'observation écrite et motivée dans un délai de dix jours. La réclamation ne suspend pas l'exécution de l'ordre de service, à moins qu'il n'en soit ordonné autrement par l'ingénieur. » (art. 10 du cahier des clauses et conditions générales).

L'entrepreneur ne peut donc pas saisir le Conseil de préfecture directement, car celui-ci ne peut entraver la marche d'un service public en déclarant qu'il n'y a pas lieu d'exécuter tel ordre de service. Il faut pour cela que l'entrepreneur provoque une décision de l'autorité administrative et il le fera en réclamant hiérarchiquement. La décision ministérielle qui interviendra pourra être attaquée devant le Conseil de préfecture.

L'entrepreneur pourra se contenter de faire des réserves par écrit dans les dix jours.

Si l'ordre de service spécifie expressément qu'il prescrit des changements au devis, il y aura lieu d'établir postérieurement un prix supplémentaire et dans ce cas l'entrepreneur n'a pas de réserves à faire pour sauvegarder son droit à ce prix supplémentaire, mais il agira prudemment en n'exécutant l'ordre de service que s'il est écrit (art. 10, alinéa 3).

Il résulte de là qu'un entrepreneur doit toujours, en principe, exécuter un ordre de service, sauf à faire des réserves.

Si l'entrepreneur se refuse à l'exécuter ou s'il ne se conforme pas aux dispositions du devis, dit l'art. 35, « un arrêté du préfet le met en demeure d'y satisfaire dans un délai déterminé. Ce délai sauf le cas d'urgence n'est pas de moins de dix jours à dater de la notification de l'arrêté de mise en demeure ».

C'est un délai franc dont la durée minimum de dix

jours, sauf le cas d'urgence, est exigée à peine de nullité, mais il peut être supérieur au gré de l'administration. Toutefois une mise en régie ne pourrait être établie après une mise en demeure remontant à plus de six mois. Cons. d'Ét., 9 avril 1873, Leb. p. 333, 16 janvier 1874, Leb. p. 62, il faudrait un nouvel arrêté de mise en demeure.

Cet arrêté devra être notifié, dans la forme administrative, au domicile élu de l'entrepreneur, et l'autorité compétente est le préfet. Pour les travaux communaux cette mesure sera prononcée par une décision du maire agissant en vertu d'une délibération du conseil municipal, approuvée par le préfet. Cons. d'Ét., 28 juillet 1905, Leb. p. 704.

« Passé ce délai, si l'entrepreneur n'a pas exécuté les dispositions prescrites, le préfet, après en avoir référé au ministre, lorsque le montant des travaux restant à exécuter dépasse 50.000 francs, et sauf les cas d'urgence, ordonne l'établissement d'une régie aux frais de l'entrepreneur. Il est alors procédé immédiatement en sa présence, ou lui dûment appelé, à l'inventaire descriptif du matériel de l'entreprise et à la remise de la partie de ce matériel qui n'est pas utilisée par l'administration, pour l'achèvement des travaux. »

Une comparaison rapide avec l'article 1.144 du Code Civil montre que le créancier de droit commun ne peut, sans la permission du juge, faire exécu-

ter les travaux aux frais de l'entrepreneur. Ici, non seulement le préfet a le droit de prononcer la mise en régie sans s'y être fait préalablement autoriser par les tribunaux administratifs, mais l'arrêté prescrivant l'exécution en régie des travaux est un acte d'administration pris par le préfet dans la limite de ses pouvoirs. Il ne peut donc pas être déféré aux tribunaux administratifs par la voie contentieuse pour en faire prononcer l'annulation, ni être déféré au Conseil d'État pour excès de pouvoir.

Une disposition nouvelle du cahier de 1910 tend à rendre ces mises en régie moins arbitraires en obligeant le préfet lorsque le montant des travaux restant à exécuter dépasse 50.000 francs à en référer au ministre avant de rendre son deuxième arrêté ordonnant la mise en régie.

C'est qu'en effet la mise en régie est une mesure grave qui cause un préjudice considérable à l'entrepreneur et qui peut entraîner des difficultés de toutes natures; aussi ne doit-elle être ordonnée qu'après une instruction approfondie. On veut que les faits qui déterminent les services locaux à proposer au préfet la mise en régie soient examinés par des fonctionnaires n'ayant pas eu à intervenir dans les discussions qui précèdent généralement l'application des mesures de rigueur. Le ministre saisi du dossier pourra, avant de se prononcer, demander l'avis de l'inspecteur et même du Conseil général des Ponts et

Chaussées. L'État et l'entrepreneur auront ainsi toutes garanties, le cas échéant, quant à la légitimité de la mesure prise pour assurer l'exécution des travaux.

Une autre innovation vient de ce que l'inventaire du matériel de l'entreprise qui doit être descriptif et contradictoire étant dressé, un ordre de service sera notifié à l'entrepreneur pour lui faire remise de la partie de ce matériel reconnue inutilisable. L'administration ne garde que ce dont elle a besoin pour terminer les travaux.

La régie étant établie en vertu de l'arrêté préfectoral, « il est rendu compte des opérations au ministre, qui peut, selon les circonstances, soit ordonner une nouvelle adjudication à la folle enchère, de l'entrepreneur, soit prononcer la résiliation pure et simple du marché, soit prescrire la continuation de la régie (art. 35).

« Pendant la durée de la régie, l'entrepreneur est autorisé à en suivre les opérations, sans qu'il puisse toutefois entraver l'exécution des ordres des ingénieurs.

« Il peut, d'ailleurs être relevé de la régie s'il justifie des moyens nécessaires pour reprendre les travaux et les mener à bonne fin.

« Les excédents de dépenses qui résultent de la régie sont prélevés sur les sommes qui peuvent être dues à l'entrepreneur, sans préjudice des droits à exercer contre lui en cas d'insuffisance.

« Si la régie amène, au contraire, une diminution dans les dépenses, l'entrepreneur ne peut réclamer aucune part de ce bénéfice, qui reste acquis à l'administration ».

Ce que l'administration doit poursuivre uniquement, c'est l'exécution du contrat et rien autre chose. Chaque fois que l'établissement de la régie aura eu pour but d'obtenir des résultats dépassant les obligations de l'entrepreneur, elle devra être déclarée irrégulière.

La mise en régie n'est définitive qu'après l'approbation du ministre, et, d'après la lecture des textes ci-dessus, elle ne met pas fin à l'entreprise. Il sera établi un régisseur nommé par l'administration qui continuera l'entreprise et devra rendre compte de sa gestion à l'entrepreneur. Ce dernier pourra d'ailleurs « exiger la justification de clerk à maître de toutes les dépenses et frais de régie mis à sa charge ». Il pourra contester les dépenses abusives ou inutiles, celles résultant de mauvaise gestion, de fautes lourdes ou de dilapidations. Cons. d'Ét., 3 mai 1898, à la condition toutefois qu'il ne se soit pas forclos par l'acceptation sans réserves du décompte de régie.

C'est à tort que la jurisprudence admet la mise en régie partielle, Cons. d'Ét., 1^{er} févr. 1901, Leb. p. 128 et 14 mars 1904, Leb. p. 242.

Car on ne conçoit pas l'utilité de l'inventaire du matériel en cas de régie partielle. Si l'entrepreneur

garde une partie de l'exécution des travaux, il aura besoin de matériel et l'on ne saurait avoir la prétention de lui imposer l'acquisition d'un nouveau matériel pour l'administration.

La régie partielle bouleverse les calculs de l'entrepreneur, car il a tablé sur l'ensemble de l'entreprise pour déterminer son prix, et il peut se faire que la régie porte sur les travaux les plus avantageux. De plus, la régie partielle donne lieu à des conflits entre ouvriers travaillant côte à côte et obéissant à des directions différentes.

L'administration elle-même a cependant reconnu les inconvénients de la régie partielle dans un avis du Conseil général des Ponts et Chaussées adopté par le ministre des Travaux publics, délibéré les 6 décembre 1881 et 31 janvier 1883, blâmant le préfet de la Loire-Inférieure d'avoir prononcé une régie partielle et l'invitant à rapporter cette mesure.

Telle est l'opinion de M. Barry qui déclare que : « la mise en régie ne peut être prononcée que pour l'ensemble de l'entreprise, elle est irrégulière si elle a été établie seulement pour l'exécution d'un travail déterminé ».

M. Perriquet, *Traité des Travaux publics*, tome premier, n° 352, analyse la question dans le même sens.

Un arrêt du Conseil d'État du 21 mars 1884, Leb. p. 238, ne la résout pas.

Par contre un arrêt du 26 novembre 1886, Leb. p. 839

décide que l'entreprise dont s'agissait ne comportait pas une mise en régie partielle, que dès lors ladite régie était irrégulière.

On ne saurait même invoquer d'une façon absolue l'arrêt du 1^{er} février 1901, à l'appui de la régularité de la régie partielle, car il n'a l'air de valider la régie partielle que parce qu'elle a été suivie d'une régie générale. « Considérant que l'entrepreneur menacé d'une régie générale n'a pas obtempéré à cette mise en demeure, qu'il n'est pas fondé à se prévaloir de l'irrégularité de l'arrêt du 8 décembre prescrivant une mise en régie partielle puisque le préfet du Nord en vertu de l'arrêté de mise en demeure précité, a pu à bon droit, par son arrêté du 24 janvier 1893, ordonner une régie générale en vue de parfaire l'achèvement de tous les travaux restant à exécuter ».

Quoique l'administration s'estime infaillible et précisément à cause de cela, elle prononce assez souvent à tort la mise en régie, par exemple l'ordre de service était inexécutable ou bien dépassait les limites du devis, ou le retard reproché à l'entrepreneur était imputable à l'administration.

Dans ce cas, toutes les conséquences en resteront à sa charge et elle devra même payer des dommages-intérêts à l'entrepreneur, lesquels pourront comprendre, outre une indemnité pour manque à gagner, Cons. d'Ét. 1^{er} décembre 1899, Leb. p. 669, d'autres éléments tels que le prix des approvisionnements lais-

sés par l'entrepreneur sur le chantier et du matériel dont l'administration a pris possession. Cons. d'Ét. 11 mai 1900, Leb. p. 342, 28 juillet 1899, Leb. p. 554.

Lorsque la mise en régie est déclarée irrégulière, la résiliation qui l'a suivie est également déclarée irrégulière et une indemnité est accordée à l'entrepreneur, Cons. d'Ét., 21 décembre 1901, Leb. p. 911.

On voit dès lors la connexité d'intérêt reliant la mise en régie à la résiliation.

Le relèvement de la régie est une pure faculté pour l'administration, elle est absolument libre de remettre l'entrepreneur à la tête de ses chantiers quand elle le juge à propos. L'entrepreneur ne peut solliciter cette mesure bienveillante que par la voie gracieuse et le refus de l'administration ne saurait lui ouvrir un recours contentieux.

§ 2. — Réadjudication

Au lieu de prescrire la continuation de la régie, le ministre peut ordonner une nouvelle adjudication à la folle enchère de l'entrepreneur.

De toutes les mesures de rigueur, ce sera certainement celle-là la plus ruineuse pour l'entrepreneur, car le nouvel adjudicataire, reprenant les travaux dans de mauvaises conditions et en cours d'exécution, fera un rabais moindre que le premier entrepreneur.

Celui-ci ne peut d'ailleurs en recueillir aucun bénéfice puisque si l'adjudication sur folle enchère amène une diminution dans les dépenses, l'entrepreneur ne peut réclamer aucune part de ce bénéfice, qui reste acquis à l'administration, il ne peut que supporter les excédents de dépenses qui en résulteront.

La régie ne doit pas nécessairement précéder la réadjudication à la folle enchère, Cons. d'Ét. 5 janvier 1906, Leb. p. 17 et 13 décembre 1901, Leb. p. 879.

De même que pour la régie, l'arrêté de réadjudication à la folle enchère de l'entrepreneur défaillant étant un acte de pure administration ne saurait faire l'objet d'un recours contentieux. De plus, c'est à l'administration seule qu'il appartient de prescrire cette mesure d'exécution, le conseil de préfecture commettrait un excès de pouvoir en l'ordonnant, Cons. d'Ét., 17 décembre 1909, Leb. p. 1001.

A l'opposé de la mise en régie la réadjudication met fin au contrat, le premier marché est résolu, elle donne naissance à un nouveau marché indépendant du premier.

L'administration sera tenue d'observer pour la réadjudication les mêmes conditions de forme et de fond que pour l'adjudication primitive. Cons. d'Ét., 18 novembre 1904 Lib. p. 726. Le fol enchéri a tout intérêt à ce que les choses se passent régulièrement afin d'obtenir le plus fort rabais.

La réadjudication ne peut être partielle, aussi lors-

qu'après avoir ordonné la mise en régie l'administration a prescrit une nouvelle adjudication à la folle enchère de l'entrepreneur, elle ne peut pas décider qu'une partie des travaux sera distraite de l'entreprise pour être effectuée directement par elle et à ses frais. Une telle réadjudication n'étant que partielle n'est pas opposable à l'entrepreneur, et ce dernier doit être relevé de la condamnation prononcée de ce chef contre lui. Cons. d'Ét., 24 mai 1901, Leb. p. 515.

La réadjudication entraînant résolution du contrat, il faudra liquider les comptes.

La réadjudication donne généralement un rabais inférieur au premier, aussi voici quel est le système appliqué par l'administration et le Conseil d'État : « La dette de l'ancien entrepreneur est liquide et par suite exigible du moment que le procès-verbal de la réadjudication sur folle enchère a été approuvé par le ministre. Elle représente la différence entre le rabais de l'adjudication et le rabais de la réadjudication appliqué au montant du détail estimatif. L'entrepreneur fol enchéri peut être immédiatement constitué débiteur de cette différence. Cons. d'Ét., 31 mai 1889, Leb. p. 687, 29 juin 1900, Leb. p. 444, 18 novembre 1904, Leb. p. 726.

Ce système a été critiqué avec juste raison car le détail estimatif n'est qu'un simple renseignement; l'administration n'est pas obligée de faire exécuter tous les travaux qui y sont prévus. On ne pourra

vraiment établir une comparaison entre les résultats donnés par les deux rabais qu'en les appliquant au décompte définitif après l'achèvement des travaux, donc jusque-là on ne peut pas dire que la dette de l'entrepreneur soit liquide et par suite exigible. C'est pourquoi un autre système doctrinal déclare que c'est seulement après l'achèvement des travaux et la production du décompte de la nouvelle entreprise que le débet du premier entrepreneur peut être fixé. Enfin un troisième système plus équitable consisterait à liquider provisoirement la dette de l'entrepreneur lors de la réadjudication, sauf à ouvrir à celui-ci, dans le cas où l'ouvrage ne serait pas exécuté entièrement, une action en répétition contre le Trésor.

§ 3. — *Résiliation*

En dehors de la régie ou de la réadjudication, le ministre peut prononcer la résiliation pure et simple de l'entreprise. C'est un acte de pure administration échappant aux tribunaux qui ne peuvent l'annuler; ils pourront seulement, dans le cas où elle aurait été prononcée à tort, accorder une indemnité à l'entrepreneur à titre de dommages-intérêts.

Elle entraîne naturellement résolution du marché et comme elle a pour cause la faute de l'entrepreneur, toutes les conséquences en restent à sa charge.

Elle pourra être prononcée dans tous les cas où une

mise en régie aurait été justifiée; d'ailleurs en pratique cette dernière mesure prise par le Préfet précède souvent la résiliation, mais elle ne constitue pas une formalité préalable obligatoire. La résiliation peut être prononcée par le ministre sitôt après un arrêté de mise en demeure dès lors que les délais sont observés. Cons. d'Ét., 15 juin 1841, et 31 décembre 1878, D. P. 79.3.43; Cons. d'Ét., 14 février 1890, Leb. p. 173 et 3 février 1888, D. P. 89.5.477; 5 janvier 1906, Leb. p. 16; mais cette mise en demeure est nécessaire, Cons. d'Ét., 18 janvier 1907, Leb. p. 53. Cependant, le Conseil d'État a admis que, par application du cahier des charges spécial, la résiliation pouvait être prononcée sans mise en demeure préalable, adressée à l'entrepreneur, Cons. d'Ét., 29 janvier 1909, Leb. p. 123.

Cette solution est à mon sens fort critiquable, car les formalités qui entourent l'application de mesures aussi rigoureuses constituent une protection des droits de l'entrepreneur et mettent dans une certaine mesure l'État à l'abri de recours; l'administration ne doit donc pas pouvoir s'en dispenser.

Par application du droit commun, il faut admettre de plus que la résiliation peut résulter d'un commun accord bien établi entre l'administration et l'entrepreneur.

De même en réservant l'application de l'art. 1794 du Code Civil qui vise la résiliation par la volonté du

maître de l'ouvrage, on doit admettre aussi que l'administration pourra, par sa simple volonté, résilier le marché quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

Un autre procédé dont l'administration use de plus en plus, consiste à demander au conseil de préfecture de prononcer la résiliation aux torts et griefs de l'entrepreneur. Il a l'avantage de mettre l'administration à l'abri de dommages-intérêts pour résiliation prononcée à tort et lui permet de demander elle-même une indemnité pour le dommage causé aux services publics par l'interruption des travaux, mais il faut qu'elle établisse un préjudice, la simple résiliation prononcée à son profit n'entraîne pas de plein droit l'allocation de dommages-intérêts. Cons. d'État, 1^{er} juin 1905, Leb. p. 546.

De plus, la décision judiciaire qui interviendra sanctionnera le débet établi par l'administration et l'autorisera à appliquer le cautionnement de l'entreprise à son extinction. On sait par ailleurs que l'administration pourra récupérer le surplus sur l'entrepreneur par tous les moyens de droit.

Il est à noter qu'un seul cas de résiliation au profit de l'administration est prévu par les textes, il résulte de l'art. 9, du cahier des clauses et conditions générales et vise l'espèce où l'entrepreneur a passé

un sous-traité sans autorisation. Il est vrai qu'il peut rentrer dans le principe général de l'inobservation des conditions du marché, puisque ce même art. 9 commence en interdisant tout sous-traité sans le consentement de l'administration.

Il ne faudrait pas étendre trop le cercle de cette prohibition. Ce qui est interdit, « c'est une transmission du marché à un tiers », mais rien ne s'oppose à ce qu'un entrepreneur charge un confrère, moyennant des conditions déterminées de diriger ou d'exécuter les travaux dès lors qu'il reste titulaire de son marché et continue à être responsable vis-à-vis de l'administration. Les ingénieurs n'auront pas à connaître ce confrère qui exécute le travail, il sera à leur égard un agent de l'entrepreneur adjudicataire auquel ils adresseront leurs ordres.

Ce sont des conventions qui seront ignorées de l'administration et à aucun moment le tiers entrepreneur ne pourra s'en prévaloir auprès d'elle.

L'administration n'étant jamais obligé, de prononcer la résiliation, elle pourra maintenir le marché et expulser le sous-traitant non autorisé.

CHAPITRE IV

Résiliation à la demande de l'entrepreneur

Il peut se faire que par suite d'événements nouveaux, qui n'existaient pas lors de la formation du contrat, les conditions d'équilibre du début soient bouleversées et que l'entrepreneur préfère demander la résiliation de son marché, plutôt que de continuer une entreprise devenue trop onéreuse.

Il peut se faire d'ailleurs que les effets de ces événements incertains aient été prévus à l'avance par les textes. Quelquefois même ils résulteront des faits de l'administration qui préférera voir résilier le contrat en payant une indemnité plutôt que de nuire à l'intérêt public.

Je diviserai ces divers cas de résiliations en deux groupes : résiliations sans indemnité au profit de l'entrepreneur et résiliations avec indemnité au profit de l'entrepreneur.

SECTION I

RÉSILIATIONS SANS INDEMNITÉ

Je ne reviendrai pas sur la renonciation à l'entreprise par l'entrepreneur lorsque l'approbation de l'ad-

judication ne lui aura pas été notifiée dans les dix ou trente jours de la date du procès-verbal d'adjudication. On ne peut pas dire qu'il y ait résiliation du marché puisque celui-ci n'a jamais été complet du côté de l'administration, il lui manquait l'approbation de l'autorité supérieure. Il n'a jamais existé en tant que contrat et n'existera jamais.

Le cas de résiliation sans indemnité le plus pratique résulte de l'art. 30 du cahier des clauses et conditions générales.

« En cas d'augmentation dans la masse des travaux, l'entrepreneur ne peut élever aucune réclamation tant que l'augmentation n'excède pas le sixième du montant de l'entreprise. Si l'augmentation est de plus du sixième, il a droit à la résiliation immédiate de son marché sans indemnité, à la condition toutefois de l'avoir demandée par lettre adressée au préfet dans le délai de deux mois à partir de la notification de l'ordre de service dont l'exécution entraînerait l'augmentation de plus du sixième. Le tout, sauf application, s'il y a lieu, de l'art. 32 ci-après. »

On voit apparaître encore ici la supériorité de l'administration qui pourra imposer à l'entrepreneur des modifications telles qu'elles entraîneront une augmentation de 1/6^e dans le montant de l'entreprise. Tant que cette augmentation n'aura pas dépassé le sixième, l'entrepreneur n'aura rien à dire, il devra s'exécuter. Cons. d'Ét., 2 décembre 1892, Leb. p 845.

Mais dès que cette proportion aura été mathématiquement dépassée, le droit à la résiliation s'ouvrira à l'entrepreneur.

Que faut-il entendre par montant de l'entreprise? D'après le titre même de l'art. 30, c'est la masse des travaux qui doit être augmentée, mais un travail public se composant d'ouvrages très divers, dont le mode de mesurage diffère, il faudra donc voir de combien augmente chaque article différent, grouper ces résultats et examiner si l'augmentation globale est de plus du sixième.

Le montant des dépenses constitue un élément non moins important, aussi devra-t-on en tenir compte dans la mesure la plus large, car ce sera souvent lui qui déterminera l'entrepreneur à demander la résiliation.

Le plus juste serait de permettre à l'entrepreneur de demander la résiliation dès qu'une augmentation quelconque dans la masse des travaux entraînerait une augmentation de plus du sixième dans le total des dépenses. Cette théorie peut s'appuyer elle aussi sur l'art. 30 qui parle du montant de l'entreprise. Cons. d'Ét., 9 avril 1889, Leb. p. 984; 8 juin 1894, Leb. p. 386; 3 août 1907, Leb. p. 779.

Dans ce cas le montant de la dépense devra être calculé déduction faite du rabais ainsi que des dépenses imprévues et de la somme à valoir. Cons. d'Ét., 8 juillet 1905, Leb. p. 575.

A plus forte raison, s'il y a augmentation de plus du sixième dans la masse des travaux, devra-t-on lui accorder la résiliation car cette augmentation peut entraîner pour lui l'acquisition d'un matériel trop conséquent ou la sortie de capitaux trop importants.

En somme ce qui doit guider, c'est le préjudice que pourrait causer à l'entrepreneur la continuation des travaux.

Il ne demandera d'ailleurs la résiliation que si la continuation de l'entreprise est trop onéreuse.

S'il continue les travaux, c'est parce qu'il y trouve un bénéfice d'où l'on comprend que cette résiliation n'étant ouverte à l'entrepreneur que pour éviter une perte il ne lui soit pas accordé d'indemnité lorsqu'il y aura recours.

En contractant, l'entrepreneur s'était déterminé d'après les éléments du marché tels qu'ils lui étaient soumis à ce moment-là. C'est donc sur la masse des travaux telle qu'elle avait pu lui apparaître lors de sa soumission qu'il faudra opérer le calcul de l'augmentation.

En conséquence devront être exclus de ce calcul, les travaux exécutés pour les réparations de malfaçons incombant à l'entrepreneur, les travaux exécutés en régie par l'administration et ceux faits par l'entrepreneur sans autorisation régulière. Cette dernière

exclusion tient à cette idée que l'augmentation doit résulter d'ordres de service.

D'ailleurs le droit à la résiliation naît pour l'entrepreneur dès la réception de l'ordre de service dont l'exécution entraînerait l'augmentation de plus du sixième, mais s'il ne veut pas être forclos, il faut qu'il la demande dans les deux mois de la notification par lettre adressée au préfet.

Si l'entrepreneur a laissé expirer le délai il est forclos pour cet ordre de service déterminé, mais tout ordre de service ultérieur qui entraînerait une nouvelle augmentation de plus du sixième ouvrira un droit nouveau à l'entrepreneur et il pourra demander la résiliation sur ce deuxième ordre de service. Cons. d'Ét., 11 mars 1898, Leb. p. 221.

Dans le cahier de 1833 ce droit à la résiliation n'était pas reconnu, mais en 1866 on l'admit sans imposer de délai, de telle sorte, que l'entrepreneur pouvait encore la réclamer au moment où il s'apercevait qu'il y avait une augmentation de plus du sixième. Toute autre est la solution des cahiers de 1892 et de 1910. L'entrepreneur doit se rendre compte dans un délai assez court de la portée de l'ordre de service, sinon il sera tenu de continuer les travaux ordonnés jusqu'à complète exécution.

L'entrepreneur demandant la résiliation ne sera pas tenu de continuer les travaux jusqu'à concurrence du montant du devis augmenté du sixième, il pourra

s'arrêter aussitôt après la notification de l'ordre de service dont l'exécution entraînerait l'augmentation de plus du sixième, car dès ce moment, il y aura violation des règles du contrat; il a d'ailleurs droit à la résiliation immédiate.

Toutefois, si après avoir formé sa demande en résiliation il a, sur la demande des ingénieurs, continué les travaux sous la réserve de cette demande, le rabais est inapplicable aux travaux exécutés après le jour de cette demande en résiliation. Cons. d'Ét., 1890, Leb. p. 794.

L'administration a admis que l'art. 30 pouvait être modifié non seulement dans ses modalités, mais même dans son essence par des clauses formelles du devis. Cons. d'Ét., 17 mars 1905, Leb. p. 282, 8 juillet 1904, Leb. p. 575.

Le bénéfice de l'art. 30 peut être réclamé par l'entrepreneur primitif lorsqu'après une réadjudication à sa folle enchère il s'est produit une augmentation de plus du sixième dans la masse des travaux.

Cette augmentation ne saurait entraîner l'annulation de la réadjudication, alors qu'elle n'existait pas à ce moment, mais elle autorise l'entrepreneur à demander à être déchargé des conséquences de la folle enchère, pour la partie des travaux qui en fin de compte excèdent de plus du sixième le montant de l'entreprise. Cons. d'Ét., 13 décembre 1901, Leb. p. 879.

L'administration est tenue de prononcer la résilia-

tion sur la demande de l'entrepreneur; si elle s'y refuse, une indemnité sera accordée à l'entrepreneur, Cons. d'Ét., 2 Décembre 1892, Leb. p. 847.

De plus l'art. 30 *in fine* réserve l'application de l'art. 32 qui prévoit le changement dans l'importance des diverses natures d'ouvrages. Dans ce dernier cas l'entrepreneur n'a pas droit à la résiliation, mais il peut lui être accordé une indemnité. Il résulte de là que si l'augmentation du sixième dans la masse des travaux est le résultat d'une augmentation de plus du quart dans les diverses natures d'ouvrages, l'entrepreneur pourra réclamer à la fois la résiliation et une indemnité.

Il faut donc se garder de confondre l'augmentation dans la masse des travaux avec l'augmentation dans les diverses natures d'ouvrages.

Des ouvrages seront considérés comme étant de diverses natures toutes les fois qu'ils figureront à un article spécial du bordereau des prix et seront rémunérés par un prix spécial.

Mais encore faudra-t-il que ces changements aient été ordonnés par l'administration, ou résultent de circonstances qui ne sont ni de la faute, ni du fait de l'entrepreneur.

On comprend très facilement qu'une indemnité soit accordée dans ce cas, car pour calculer son rabais, l'entrepreneur a établi une compensation entre les différents prix du bordereau, balayant les prix trop

inférieurs avec des prix plus avantageux, si par suite d'une variation dans les quantités des diverses natures d'ouvrages, l'administration exige de lui l'exécution des travaux désavantageux seulement, les prévisions de l'entrepreneur seront faussées et par suite le résultat de son entreprise également.

Il est donc juste de rétablir l'équilibre en lui accordant une indemnité pour le préjudice qui lui a été causé.

SECTION II

RÉSILIATIONS AVEC INDEMNITÉ

En général l'entrepreneur qui demandera la résiliation de son marché aura le droit de réclamer une indemnité à l'administration, soit en vertu de textes précis, soit à cause d'une faute de l'administration engageant sa responsabilité.

Trois cas principaux sont visés par le cahier des clauses et conditions générales de 1910. Ce sont :

Art. 31. — Diminution dans la masse des travaux.

Art. 33. — Variations dans les prix.

Art. 34. — Cessation absolue ou ajournement des travaux.

§ 1^{er}. — *Diminution dans la masse des travaux*

A l'opposé du cas où les changements amènent une augmentation dans la masse des travaux, l'art. 31

prévoit qu'en dehors de la résiliation immédiate à laquelle a droit l'entrepreneur, il peut lorsque la diminution dans la masse des travaux est de plus du sixième, réclamer à titre de dédommagement une indemnité qui, à défaut d'entente amiable, est fixée par le Conseil de préfecture.

Cette différence s'explique car ici l'entrepreneur a dû prendre ses mesures pour exécuter tous les travaux prévus, il a pu acheter du matériel, engager des capitaux, embaucher du personnel en vue de l'importance de l'affaire. Si on réduit brusquement le montant de l'entreprise, ce sont autant de dépenses improductives, il est donc juste de l'en dédommager.

Pour les règles applicables à la résiliation, il suffit de se reporter à celles indiquées ci-dessus pour l'augmentation dans la masse des travaux tant pour la forme, lettre adressée au préfet, et le délai, deux mois à dater de la notification de l'ordre de service entraînant la diminution de plus du sixième, que pour le mode de calcul de la diminution.

La demande d'indemnité est indépendante de la résiliation et n'est pas atteinte par le délai de forclusion, elle ne dépend en aucune façon de cette dernière. Ces deux demandes peuvent être formées ensemble, séparément ou l'une sans l'autre.

C'est ainsi que les entrepreneurs de travaux d'entretien d'une route nationale, ayant formulé une réclamation fondée sur une diminution de plus du si-

xième dans la masse des travaux adjugés, il n'a pu leur être opposé une fin de non recevoir tirée de ce qu'ils avaient accepté sans réserve, les décomptes successifs annuels et un décompte définitif partiel, car cette réclamation ne pouvait être présentée qu'à la fin de l'entreprise et il n'avait pas été dressé de décompte général et définitif. Cons. d'Ét., 11 décembre 1908, Leb. p. 1026.

Très souvent l'entrepreneur demandera seulement une indemnité, et il est probable qu'avant de prendre la voie contentieuse, il se prêtera à une tentative de conciliation.

Pour obtenir cette indemnité, il faudra que l'entrepreneur établisse un préjudice, une expertise pourra être prescrite pour vérifier le bien fondé de ses allégations. Cons. d'Ét., 16 décembre 1893, Leb. p. 910.

Ce n'est pas une indemnité pour manque à gagner, elle doit simplement couvrir les dépenses improductives faites en vue de l'exécution totale. Ce sera d'après les dépenses afférentes aux travaux, dont l'entreprise aura été privée, qu'il faudra l'établir.

§ 2. — *Variations dans les prix*

L'art. 33 du cahier de 1910 formule des dispositions entièrement nouvelles aussi, est-il intéressant de le comparer à l'art. 33 du cahier de 1892. Celui-ci disposait :

« Si pendant le cours de l'entreprise, les prix subissent une augmentation telle que la dépense totale des ouvrages restant à exécuter, d'après le devis, se trouve augmentée d'un sixième comparativement aux estimations du projet, l'entrepreneur a droit à la résiliation de son marché, sans indemnité. »

L'art. 33 du cahier de 1910 décide :

« Si pendant le cours de l'entreprise, les prix subissent, à la suite de révisions opérées conformément aux prescriptions de l'art. 3 du décret du 10 août 1899 ou pour toute autre cause, une augmentation telle que la dépense totale des ouvrages restant à exécuter d'après le devis se trouve augmentée, comparativement aux estimations du projet, d'une fraction inférieure ou égale à un dixième ($1/10^e$) l'entrepreneur n'a droit à aucune indemnité. »

Si l'augmentation est comprise entre un dixième et un sixième ($1/10^e$ et $1/6^e$), comparativement aux estimations du projet, la moitié de l'excédent au-dessus de un dixième ($1/10^e$) est pris en charge par l'administration et les prix du marché pour les travaux restant à exécuter, sont révisés en conséquence dans les conditions fixées par l'art. 29 des clauses et conditions générales.

Si l'augmentation atteint ou dépasse un sixième ($1/6^e$) comparativement aux estimations du projet, l'entrepreneur a droit à la résiliation de son marché, sous réserve de l'indemnité qui lui est allouée,

en compensation de ses dépenses non entièrement amorties afférentes :

1^o Aux ouvrages provisoires dont les dispositions ont été agréées par les ingénieurs ;

2^o A l'acquisition du matériel construit spécialement pour l'exécution des travaux de l'entreprise et non susceptible d'être réemployé d'une manière courante sur les chantiers de travaux publics.

Pour le calcul de l'indemnité, les dépenses non entièrement amorties sont évaluées au prorata de l'avancement des travaux en vue desquels l'entrepreneur aura exécuté les ouvrages provisoires et acquis le matériel.

Les ouvrages provisoires et le matériel entrant en ligne de compte pour la fixation de l'indemnité deviennent la propriété de l'État.»

La grande différence entre les deux textes consiste dans ce fait que sous l'empire du cahier de 1892, l'entrepreneur n'avait jamais droit à une indemnité, à moins qu'il ait pu établir une faute de l'administration, dans ce cas l'art. 1382 du Code Civil intervenait, tandis qu'avec le cahier de 1910, le principe sera indemnité pour augmentation moyenne et résiliation avec indemnité pour augmentation plus forte.

Le nouveau texte plus favorable aux entrepreneurs que l'ancien, montre que l'administration a dû se préoccuper de la situation précaire faite à ceux-ci par les variations constantes des prix résul-

tant des grèves, maladie chronique à notre époque qui retire toute sécurité aux affaires.

L'ancienne disposition était d'une rigueur excessive, surtout pour les travaux de longue durée qui aujourd'hui ne sauraient s'exécuter sans voir se succéder des augmentations considérables de matériaux, de main-d'œuvre,

Une évolution caractéristique est à noter ici.

En 1833, le cahier des charges admettait la résiliation lorsqu'il y avait augmentation notable des prix sans en spécifier le montant, ce qui laissait place à une appréciation arbitraire de l'autorité administrative.

En 1866, l'art. 33 déterminait la proportion du sixième pour donner ouverture à la résiliation.

Le cahier de 1892 reproduisait celui de 1866 en spécifiant toutefois que cette résiliation serait sans indemnité.

On a vu ci-dessus le texte du cahier de 1910, il faut donc féliciter l'administration de l'adaptation de ce nouveau texte aux besoins actuels.

Reprenant l'étude de cet article 33, je rappelle que les entrepreneurs de travaux publics sont soumis aux prescriptions des décrets du 10 août 1899 et doivent par conséquent payer à leurs ouvriers «un salaire normal égal pour chaque profession et dans chaque profession pour chaque catégorie d'ouvriers,

au taux couramment appliqué dans la ville ou la région où le travail est exécuté».

Ils doivent également « limiter la durée du travail journalier à la durée normale du travail en usage, pour chaque catégorie dans la dite ville ou région ».

L'article 3 de ce même décret prévoit que lorsque des variations dans le taux des salaires ou la durée du travail journalier auront reçu une application générale dans l'industrie en cause, les bordereaux qui les constatent pourront être révisés sur la demande des patrons ou des ouvriers.

Il ajoute : « qu'une revision correspondante des prix du marché pourra être réclamée par l'entrepreneur ou effectuée d'office par l'administration, quand les variations ainsi constatées dans le taux des salaires ou la durée du travail journalier dépasseront les limites déterminées par le cahier des charges ».

Il résulte de ce que cette revision est dès lors visée par le cahier des charges lui-même, que l'entrepreneur a le droit d'exiger la revision des prix de son marché, dès que la proportion des variations des prix du bordereau du taux des salaires et de la journée de travail, visée par le cahier des charges spécial à son entreprise est atteinte par une revision.

C'est à cette procédure que se réfère l'alinéa 1^{er} de l'article 33 et on a voulu par là stipuler d'une façon expresse qu'il n'y avait aucune différence entre les

variations de prix, que celles-ci proviennent de la variation des salaires ou du prix des matériaux.

Si l'augmentation de prix résultant de cette révision ou de toute autre cause est inférieure ou égale au dixième de la dépense restant à effectuer, l'entrepreneur n'a droit à aucune indemnité.

Cette augmentation a paru trop peu importante à l'administration pour en tenir compte, ce sera cependant le bénéfice tout entier de l'entrepreneur qui sera absorbé et très souvent audelà.

Cette disposition ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 28 visant l'augmentation résultant d'un cas de force majeure et qui dispose qu'une indemnité pourra être allouée à l'entrepreneur, si celui-ci l'a signalé par écrit dans le délai de dix jours au plus après l'événement.

Comment va-t-on calculer cette augmentation?

La circulaire ministérielle du 29 décembre 1910 l'indique de la manière suivante :

« Lorsque l'entrepreneur en fait la demande, on évalue la dépense totale des ouvrages, restant à exécuter, d'après le devis, c'est-à-dire d'après le projet d'adjudication, sans tenir compte du rabais fait par l'entrepreneur; on majore cette dépense totale de 1/10^e.

« Puis, on compare la somme ainsi calculée à la dépense à laquelle reviendrait l'ensemble des travaux restant à exécuter, en leur appliquant de nouveaux

prix obtenus par la substitution aux prévisions du projet, des prix de fournitures et de façon réellement pratiqués au moment où l'entrepreneur demande l'application de l'art. 33 ». Si cette dernière dépense ne dépasse pas la première, l'entrepreneur ne peut rien réclamer.

Si au contraire elle est supérieure à la première, sans toutefois atteindre une augmentation de un sixième, le deuxième alinéa de l'art. 33 s'applique. C'est l'augmentation comprise entre un dixième et un sixième. Alors la moitié de la différence entre ces deux dépenses, déduction faite du rabais de l'adjudication, est payée à l'entrepreneur sous forme de plus-values qui viennent s'ajouter aux prix primitifs de l'adjudication.

Enfin, si l'augmentation calculée dans les mêmes conditions atteint ou dépasse un sixième du montant des travaux restant à exécuter, d'après les prévisions et les prix du projet, l'entrepreneur a le droit de demander la résiliation de son marché avec indemnité.

Cette indemnité est destinée à couvrir l'entrepreneur de ses dépenses non encore amorties pour les ouvrages provisoires dont les dispositions ont été agréées par les ingénieurs, soit au début, soit en cours de l'entreprise et pour le matériel qu'il a dû acheter spécialement pour l'entreprise résiliée à la condition que ce matériel ne soit pas réemployable d'une manière courante sur d'autres chantiers.

Par ouvrages provisoires il faut entendre des ponts de service, des installations de voie pour le transport des matériaux, des travaux de protection.

L'État achète en somme à l'entrepreneur ces ouvrages et ce matériel moyennant un prix évalué au prorata de l'avancement des travaux en vue desquels ils avaient été exécutés ou achetés.

Cette indemnité ne saurait constituer un bénéfice pour l'entrepreneur, il s'agit simplement de limiter ses pertes.

L'augmentation des prix pourra résulter indifféremment d'une cause d'ordre physique, économique ou politique, la seule constatation du renchérissement suffit à ouvrir l'exercice des droits prévus à l'art. 33. C'est ainsi qu'on admettra une augmentation d'octroi ayant pour résultat d'amener une hausse directe dans le prix des matériaux.

Toutefois, cet article suppose que cette hausse est étrangère à toute idée de faute imputable soit à l'administration, soit à l'entrepreneur.

Si l'augmentation s'était produite après le délai fixé pour l'achèvement des travaux et que le retard fût imputable à l'entrepreneur, celui-ci ne serait pas fondé à réclamer la résiliation ni une indemnité. Cons. d'Ét., 9 mars 1883, 25 février 1887, alors que si l'augmentation résultait d'une accélération excessive commandée par l'administration ou d'un retard imputable à sa négligence, non seulement l'entrepreneur

pourrait réclamer la résiliation de l'art. 33 avec l'indemnité qui y est prévue, mais encore une indemnité basée sur l'art. 1382 du Code Civil qui lui permettrait de faire réparer tout le préjudice qui lui aurait été causé. Tel serait le cas d'une hausse des matériaux subie par l'entrepreneur par suite du retard dans la remise du devis des ouvrages l'ayant empêché de passer ses commandes avant la hausse. Cons. d'Ét., 27 novembre 1908, Leb. p. 987.

De même lorsqu'à la suite d'une délibération par laquelle le conseil municipal de Paris, en vue de hâter la fin d'une grève de terrassiers qui suspendait l'exécution des travaux municipaux, a invité le préfet de la Seine à mettre les entrepreneurs en demeure de reprendre les travaux dans un délai de 24 heures et à prononcer immédiatement la mise en régie contre ceux qui ne se conformeraient pas à cette injonction, un entrepreneur a dû consentir à son personnel l'augmentation de salaires exigée par le comité général de la grève, l'accroissement de dépenses qu'a dû subir l'entrepreneur, a eu pour cause l'immixtion de la ville dans le conflit pendant entre les entrepreneurs et leurs ouvriers, et il lui a été accordé une indemnité basée sur l'art. 1382 du Code Civil en dehors de toute considération de l'art. 33 du cahier des charges. Cons. d'Ét., 24 novembre 1905, D. P. 07.3.53.

Pour donner ouverture à ce droit basé sur l'art. 1382 du Code Civil il n'est pas d'ailleurs nécessaire que l'aug-

mentation ait atteint un sixième de la dépense restant à effectuer. Quelle que soit l'importance de cette augmentation, dès lors qu'elle est imputable à l'administration, l'entrepreneur pourra toujours réclamer une indemnité sans pouvoir pour cela demander la résiliation de son marché. C'est sur l'idée de faute initiale de l'administration que repose ce droit à indemnité.

Mais l'exercice normal d'un droit de l'administration qui porte préjudice à l'entrepreneur ne permettrait pas d'ouvrir ce recours basé sur l'idée de faute ; telle serait par exemple, l'augmentation résultant de nombreuses adjudications passées dans le voisinage par l'administration. Cons. d'Ét., 11 juillet 1884, ou le paiement par l'administration de salaires supérieurs à des ouvriers employés à des travaux en dehors de l'entreprise. Cons. d'Ét., 6 mars 1896, Leb. p. 230.

L'augmentation devra se produire pendant le cours de l'entreprise, si elle existait déjà lors de l'adjudication l'entrepreneur ne pourra rien réclamer, il n'avait qu'à en tenir compte pour établir son rabais.

Aucun délai n'est imposé à l'entrepreneur pour demander la résiliation, il suffit qu'elle soit formulée avant l'achèvement des travaux et elle sera acquise du jour de cette demande, pourvu que l'augmentation n'ait pas cessé d'exister.

Si l'administration n'a pas fait droit à la demande de l'entrepreneur, celui-ci s'adressera au conseil de

préfecture et il lui sera accordé une indemnité à partir du jour où il a demandé régulièrement sa résiliation, indemnité égale au préjudice résultant pour lui de la continuation de son entreprise dans des circonstances onéreuses, il en serait de même pour le cas où la décision de l'administration aurait tardé. Cons. d'Ét., 5 mai 1876, 24 mai 1878, 12 juin 1896, Leb. p. 473.

Cette pratique est assez juste, puisque on oblige l'entrepreneur à continuer les travaux, tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande, et qu'il pourrait se voir appliquer des mesures rigoureuses s'il ne continuait pas.

La circulaire ministérielle du 29 décembre 1910 a soin de faire observer que le paragraphe 3 de l'art. 33 signifie simplement que l'administration ne peut pas refuser la résiliation, si l'entrepreneur la demande, il ne ferme évidemment pas là porte aux arrangements qu'il peut être utile, dans l'intérêt de tous, de prendre avec l'entrepreneur pour la continuation du travail.

Ce qui signifie qu'en principe, l'administration préférera augmenter les prix du marché devenus insuffisants plutôt que de résilier. Il est d'ailleurs certain que cette transaction sera plus avantageuse pour elle, que de faire terminer les travaux en régie ou de les remettre en adjudication, car dans ce dernier cas, elle obtiendra des conditions très inférieures à celles qu'elle a.

Ici encore le Conseil d'État a admis que les dispositions de l'art. 33 ayant un caractère contractuel, il

pouvait y être dérogé par des stipulations expresses du devis. Cons. d'Ét., 6 juillet 1906, Leb. p. 533.

§ 3. — *Cessation absolue ou ajournement des travaux*

Même après avoir procédé à une adjudication pour l'exécution d'un travail public, l'administration peut juger qu'il y a lieu d'abandonner le projet ou d'en retarder l'exécution, ou bien encore ces travaux ayant été commencés elle pourra en ajourner la continuation ou en ordonner la cessation absolue.

Ces prérogatives de l'administration portent une atteinte considérable aux droits acquis de l'entrepreneur.

On se trouve ici en présence d'un marché parfait à l'exécution duquel l'entrepreneur peut prétendre.

Cependant, lorsque l'administration ordonne la cessation absolue, le marché est immédiatement résilié, de plein droit. Pour dédommager l'entrepreneur l'article 34 dit qu'il lui sera alloué une indemnité.

Cette cessation absolue n'est soumise à aucune forme solennelle, elle peut résulter d'un ordre de service enjoignant à l'entrepreneur de cesser les travaux d'une façon absolue, ou bien de l'abandon du projet primitif par une nouvelle mise en adjudication. En principe il devra y avoir manifestation de la volonté de l'administration.

En fait la cessation absolue sera assez rare, les remaniements du projet donneront plutôt lieu à une diminution dans la masse des travaux.

La cessation absolue proviendra quelquefois d'événements de force majeure telle qu'une déclaration de guerre ou bien la survenance d'inondations ayant détruit l'ouvrage à entretenir.

Dans ce cas l'administration ne saurait s'opposer à la réalisation, mais elle sera déchargée de ses conséquences pécuniaires Cons. d'Ét., 6 février 1874, Lebon p. 142; 8 mai 1874, Lebon 423; 5 juin 1874 Lebon p. 539; 20 juillet 1877, Leb. p. 727.

En principe l'administration n'a pas à donner les motifs qui l'ont déterminée à ordonner la cessation absolue.

Aujourd'hui la cessation absolue est bien caractéristique, aussi l'administration ne saurait plus comme sous l'empire du cahier de 1833, ordonner impunément l'ajournement indéfini des travaux. Dès que ceux-ci ont été ajournés ou suspendus par ordre de l'administration pendant plus d'un an, l'entrepreneur a droit à la résiliation avec indemnité.

Dans tous les cas, si les travaux ont reçu un commencement d'exécution, l'entrepreneur peut requérir qu'il soit procédé immédiatement à la réception provisoire, puis à leur réception définitive après l'expiration du délai de garantie (art. 34).

Cet ajournement ou cette suspension peuvent ré-

sultèr d'un ordre de l'administration ou de son inaction. Si, après la notification de l'approbation de l'adjudication, l'administration restait plus d'un an sans envoyer un ordre de service d'avoir à commencer les travaux, l'entrepreneur pourrait invoquer les dispositions de l'art. 34, mais si les mêmes faits résultaient de sa négligence il ne saurait agir.

Il n'est pas nécessaire que l'ajournement porte sur la totalité de l'ouvrage à exécuter surtout lorsque le montant de l'entreprise est indéterminé. Cons. d'Ét., 17 janvier 1879, et 21 novembre 1890.

Aucun délai n'est fixé à l'entrepreneur pour réclamer, il pourra demander la résiliation quand il lui plaira, à la condition toutefois de n'avoir pas repris les travaux sans protestations ni réserves. Cons. d'Ét. 22 décembre 1893, Leb. p. 807, et 25 mai 1894, Leb. p. 362.

Il faut que l'interruption ait duré plus d'une année. Cons. d'Ét., 8 et 9 juillet 1904, Leb. p. 575 et 589; 17 février 1905. Leb. p. 173. Mais il ne faut pas admettre que l'administration puisse éviter les conséquences de l'art. 34 en ordonnant la reprise des travaux peu de temps avant l'expiration du délai d'un an et en prescrivant peu de temps après une nouvelle interruption. Ce manège répété plusieurs fois conduirait l'entrepreneur à une condition plus précaire que sous le régime de l'ajournement indéfini.

Aussi doit-on critiquer un arrêt du Conseil d'État

du 11 mai 1883. Leb. p. 483, qui a refusé la résiliation pour des suspensions de travaux ordonnés à diverses reprises et qui n'avaient pas duré chacune plus d'une année.

* Quel sera le point de départ de ce délai d'un an ?

Si les travaux ont été commencés, il suffira de se reporter à la date du dernier ordre de service.

Si les travaux n'ont même pas reçu un commencement d'exécution le point de départ sera la notification de l'approbation de l'adjudication. Cons. d'Ét., 4 mai 1900.

L'indemnité à laquelle l'entrepreneur a droit pour la cessation absolue ou l'ajournement de plus d'un an se calcule de la même manière dans les deux cas ; c'est d'après l'art. 1794, du C. Civ., que le conseil de préfecture appréciera librement le dommage causé à l'entrepreneur. Il devra tenir compte à la fois et du préjudice causé et du manque à gagner résultant de l'abandon des travaux. Le remboursement de toutes les dépenses improductives effectuées par l'entrepreneur devra se cumuler avec l'indemnité pour privation de bénéfices.

J'ajoute que l'administration est responsable des préjudices causés à l'entrepreneur par la prolongation des travaux provenant de retards qui lui sont imputables, encore bien qu'il n'y ait pas eu cessation absolue ou ajournement de plus d'un an, ainsi que par la marche anormale et irrégulière de l'entreprise

due à son fait. Cons. d'Ét., 17 février 1899, Leb. p. 144,
et 7 août 1903, Le g.d.b. 49

§ 4. — *Violation des règles du marché par
l'administration*

Enfin, l'entrepreneur peut au même titre que l'administration demander la résiliation de son marché lorsque les conditions du contrat sont inobservées : l'administration ne respectant pas les engagements qu'elle a pris à l'égard de l'entrepreneur.

C'est ainsi qu'un arrêt du Conseil d'État du 2 juillet 1909, Leb. p. 654, dans une demande de résiliation formée par l'entrepreneur d'une construction de ligne de chemin de fer à Madagascar, basée sur la non-exécution des promesses de l'administration, qui devait aux termes du devis établir des campements pour les ouvriers et des magasins pour abriter le matériel, a chargé des experts de rechercher si la nécessité dans laquelle l'entrepreneur s'est trouvé de renoncer à son entreprise, résultait de la non-exécution des promesses de l'administration, ou si elle devait être attribuée à d'autres causes, et le cas échéant déterminer quelle indemnité devait être allouée à l'entrepreneur pour les conséquences préjudiciables qu'aurait eu pour lui la résiliation de son marché.

De même, si la commune n'a pas les fonds disponibles et n'a pris aucune disposition pour en avoir, ne peut

payer le solde des travaux exécutés et n'a pas les ressources suffisantes pour assurer la continuation des travaux, la résiliation a été prononcée au profit de l'entrepreneur et la commune condamnée à payer les travaux faits, ainsi qu'une indemnité pour perte de bénéfices sur travaux restant à exécuter. Cons. d'Ét., 30 mars 1906, Leb. p. 290.

Si l'administration dénature le contrat en apportant au projet primitif des modifications essentielles, l'entrepreneur a droit à la résiliation avec indemnité, Cons. d'Ét., 3 avril 1908. Leb. p. 373.

Dans cet ordre d'idées il a été admis que le changement d'emplacement du travail à exécuter constituait une modification essentielle des conditions du marché et n'avait pas le caractère d'une modification au devis pouvant être imposée à l'entrepreneur. Cons. d'Ét., 16 juin 1899, Leb. p. 444 et 30 juin 1905 D. P. 1907.3.28.

L'administration est quelquefois tentée d'abuser de ses prérogatives et prononce irrégulièrement la mise en régie. A cette violation du droit, l'entrepreneur répondra par une demande en résiliation de son marché et il lui sera accordé une indemnité. Cons. d'Ét., 3 mai 1895, Leb., p. 378.

Quelquefois même l'administration aura imposé arbitrairement la résiliation à l'entrepreneur. Celui-ci s'adressera aux tribunaux et obtiendra le rétablissement de l'équité par une résiliation prononcée à son

profit, il obtiendra alors une indemnité comprenant l'intérêt des sommes dues et la privation de bénéfices. Cons. d'Ét., 31 juillet 1903, Leb. p. 604; 30 juin 1905, Leb. p. 602; 30 mars 1906, Leb. p. 290.

L'entrepreneur peut-il demander la résiliation pour erreur. En ce qui concerne le mode d'application des prix, l'art. 42 du cahier des clauses et conditions générales résout la question négativement : « En dehors des cas prévus à l'art. 33 l'entrepreneur ne peut sous aucun prétexte, revenir sur les prix du marché qui ont été consentis par lui ». Ce principe rigoureux est tempéré par l'art. 28 dudit cahier.

En principe, là où il n'y a pas de clause, aucun délai ni aucune forme ne sont impartis à l'entrepreneur pour demander la résiliation. Cons. d'Ét. 5 août 1904, Leb. p. 679.

Elle ne pourrait toutefois être demandée après la réception définitive, mais l'administration ne saurait y échapper en opposant une réception définitive ou une résiliation prononcée par le préfet pour d'autres motifs postérieurement à la demande de l'entrepreneur. Cons. d'Ét., 7 août 1903, Leb. p. 647.

Lorsque l'entrepreneur aura droit à une indemnité en cas de résiliation on peut dire que suivant les circonstances cette indemnité pourra comprendre tout ou partie des éléments ci-après :

Dépenses inutilement faites, y compris les frais d'ad-

judication et d'enregistrement correspondant aux travaux non exécutés;

Faux frais de toute nature;

Manque à gagner pour les travaux non exécutés y compris ceux non prévus, mais que l'administration aura fait commencer. Cons. d'Ét., 24 mars 1893, Leb. p. 285; Cons. d'Ét., 30 mars 1906, Leb. p. 290 ;

Entrave à l'exercice de l'industrie et immobilisation des capitaux. Cons. d'Ét., 30 juin 1905, Leb. p. 602; Cons. d'Ét., 10 juin 1910, Leb. p. 456;

Intérêts du jour où les entrepreneurs ont, par un mémoire déposé à la préfecture, sommé l'administration de payer les indemnités qu'ils pensaient leur être dues; Cons. d'Ét., 10 juin 1910, Leb. p. 456.

Préjudice moral causé par la résiliation quand l'entrepreneur ne justifie d'aucun préjudice matériel. Cons. d'Ét., 11 décembre 1871, Leb. p. 282.

CHAPITRE V

Conséquences de la résiliation

La résiliation du marché va entraîner la liquidation de l'entreprise.

Elle donnera à l'administration le droit de faire évacuer par l'entrepreneur, les chantiers, magasins et emplacements utiles à l'entreprise, dans le délai qu'elle fixera, et dans certains cas lui imposera l'obligation de reprendre les matériaux approvisionnés.

Quant à la reprise du matériel, elle n'est plus obligatoire pour l'administration que dans un seul cas.

D'une façon générale, elle permettra à l'entrepreneur d'exiger le remboursement de son cautionnement et le paiement de la retenue de garantie.

Des explications complémentaires sont nécessaires pour la reprise du matériel et des matériaux approvisionnés.

Sous l'empire des clauses et conditions générales de 1892, les outils et équipages existant sur les chantiers et qui eussent été nécessaires pour l'achèvement des travaux étaient obligatoirement acquis par l'État sur la demande de l'entrepreneur ou de ses ayants droit, lorsque la résiliation du marché avait

pour motif la cessation absolue ou l'ajournement des travaux ainsi que le décès de l'entrepreneur. Le prix en était réglé de gré à gré ou à dire d'experts.

La nouvelle rédaction a supprimé cette obligation qui pouvait dans certaines circonstances être très onéreuse pour l'État et qui n'a pas paru suffisamment justifiée.

L'État conserve toujours la faculté d'acquérir ce matériel, mais sa détermination dépendra des circonstances.

Puisque la résiliation prononcée à la suite de la cessation absolue ou d'ajournement des travaux permet à l'entrepreneur de réclamer une indemnité, il pourra dès lors y faire rentrer la perte résultant pour lui du défaut d'utilisation de son matériel.

Quant au cas du décès de l'entrepreneur, l'administration étant étrangère à cette circonstance, elle entend n'en supporter aucune conséquence.

Avec le nouvel art. 43, l'administration non seulement est libre de reprendre le matériel lorsque l'entrepreneur ou ses ayants droit en font la demande, mais sa reprise est limitée à la partie du matériel qu'elle-même juge utile à l'achèvement des travaux, c'est-à-dire que cette reprise peut n'être que partielle.

Lorsque la reprise est obligatoire dans le cas d'augmentation de plus du sixième dans la dépense restant à effectuer par suite de la variation des prix, c'est au contraire à l'administration de provoquer la cession,

et de désigner à l'entrepreneur les installations et le matériel que celui-ci a l'obligation de céder, moyennant le paiement de l'indemnité spécifiée à l'art. 33 des clauses et conditions générales.

Cette reprise obligatoire par l'administration ne s'entend que pour le matériel appartenant en propre à l'entrepreneur, à l'exclusion du matériel en location, construit spécialement pour l'exécution des travaux de l'entreprise résiliée et non susceptible d'être réemployé d'une manière courante sur les chantiers de travaux publics.

Ces deux conditions restreignent énormément l'obligation de l'administration et il n'y aura que pour de très gros travaux d'un genre spécial que l'on trouvera du matériel non susceptible d'être réemployé d'une manière courante sur les autres chantiers de travaux publics.

Ceci revient à dire que l'administration sera très rarement tenue à la reprise obligatoire du matériel.

Pour établir le prix de cette reprise que l'art. 33 appelle une indemnité, on opérera de la manière suivante :

Le prix que ce matériel aura coûté à l'entrepreneur et qui ne sera pas encore entièrement amorti, sera réparti sur l'ensemble des travaux en vue desquels l'entrepreneur l'aura acquis. Le prix que paiera l'administration sera évalué au prorata de l'avancement

des travaux, de telle sorte qu'elle ne fera jamais une mauvaise opération.

Une autre conséquence de la résiliation, c'est la reprise par l'administration des matériaux approvisionnés par ordre s'ils remplissent les conditions du devis. Ils sont acquis par l'État aux prix de l'adjudication.

Le cahier de 1892 exigeait que les matériaux fussent non seulement approvisionnés, mais déposés sur le chantier pour être portés en compte.

Le cahier de 1910 a supprimé cette condition, car les matériaux préparés et approvisionnés dans les carrières ou les usines en vue des travaux doivent être considérés au même titre que ceux déposés sur les chantiers comme destinés spécialement au parachèvement des travaux.

Toutefois, par des stipulations spéciales inscrites dans le devis de l'entreprise, il peut être apporté des dérogations à la règle ci-dessus.

L'administration devra reprendre tous les matériaux approvisionnés par ordre et si, lors de la résiliation, elle n'a pas fait constater leur mauvaise qualité, elle ne peut plus les rebuter. L'administration ne peut pas se soustraire à cette obligation. Cons. d'État, 6 mai 1903, Leb. p. 191, et 15 mai 1903, Leb. p. 371. D'ailleurs, sans supposer la résiliation du marché, si l'entrepreneur a approvisionné des matériaux dans les limites du devis et que l'administration n'emploie

pas tout, elle doit les lui payer. Cons. d'Ét., 10 novembre 1905, Leb. p. 822.

On sait que la retenue de garantie destinée à faire face aux dépenses que pourraient occasionner les malfaçons constatées est généralement de un dixième (art. 35).

Lorsque la résiliation de l'entreprise est prononcée et qu'aucune réserve n'est formulée, il est naturel que l'entrepreneur obtienne le remboursement de cette somme.

Une dernière conséquence de la résiliation réside dans la restitution du cautionnement.

Il va de soi que si la résiliation a été prononcée par le Conseil de préfecture aux torts de l'entrepreneur, le cautionnement ne lui sera pas restitué puisqu'il sera appliqué à l'extinction du débet établi par l'administration.

Il garantit également le paiement pour dommages résultant des fouilles, occupations ou extractions de terrains et l'administration ne peut s'en dessaisir que lorsqu'il lui est démontré que toutes ces indemnités ont été payées. Cons. Ét., 6 mars 1891, Leb. p. 192.

Mais il n'en reste pas moins acquis que le principe consiste dans la restitution pure et simple du cautionnement avec intérêts pour retard, ainsi qu'il a été dit ci-dessus.

BIBLIOGRAPHIE

- BERTHÉLEMY, — *Traité élémentaire de droit administratif.*
- BARRY. — *Commentaire des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de Travaux publics.*
- BÉQUET. — *Répertoire de Droit administratif. Les travaux publiés par Tisserant.*
- DOUSSAUD. — *Les nouvelles clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des Ponts et Chaussées* (Cahier du 16 février 1892).
- MALAPERT. — *Histoire de la Législation des Travaux publics.*
- PERRIQUET. — *Traité théorique et pratique des Travaux publics.*
- SAUZET. — *Cours de Droit administratif sur les Travaux publics,*
- PANHARD. — *Recueil des arrêts au Conseil d'Etat.*
-

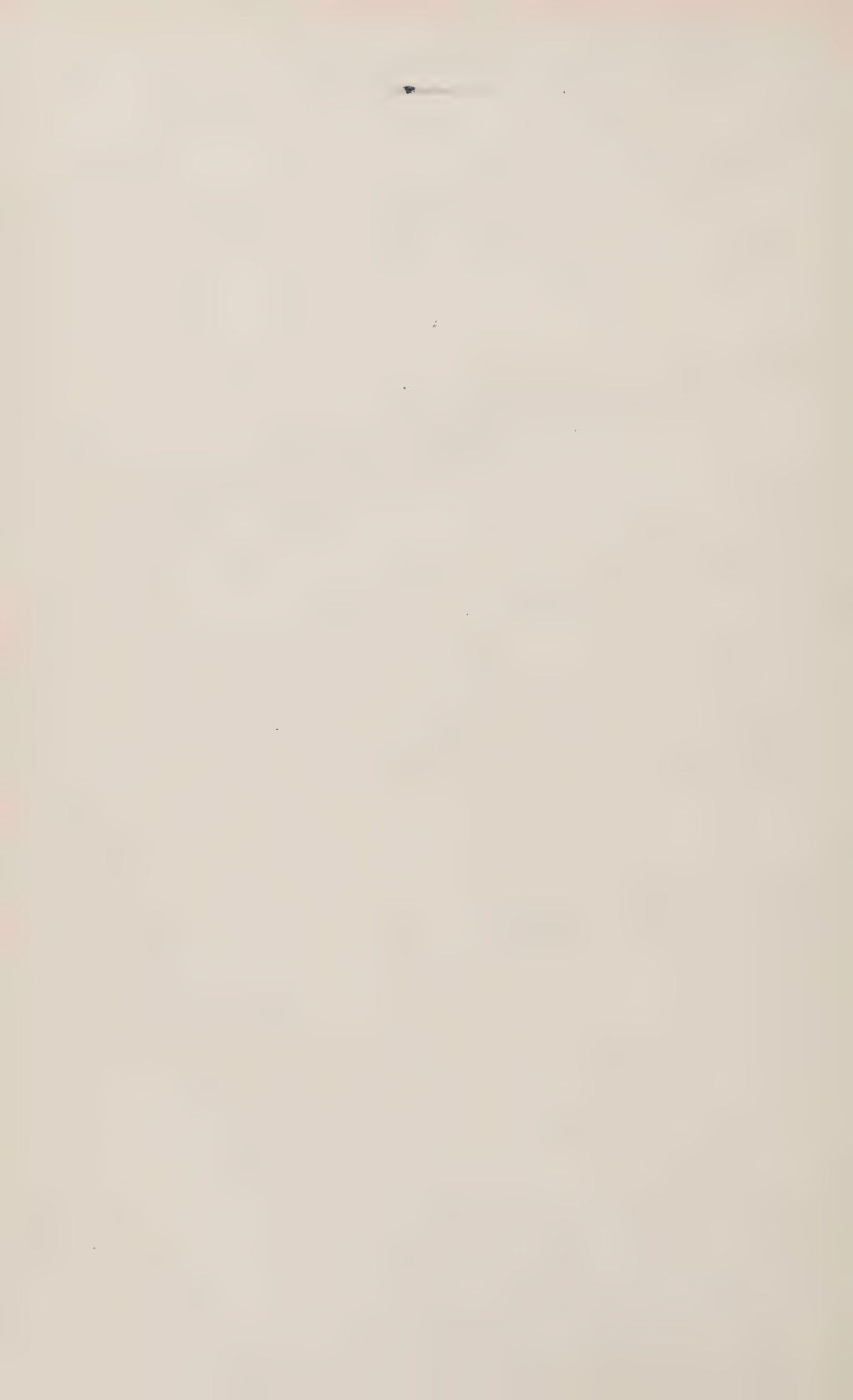


TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Définition des Travaux publics. Législation	1 à 19
---	--------

PREMIÈRE PARTIE

Formation du marché de travaux publics

	Pages
Divers modes d'exécution des travaux publics	21
Diverses sortes de marchés de travaux publics	29
Du principe de l'adjudication	33
Différentes sortes d'adjudications	52
Formalités préalables à l'adjudication	63
Publicité dans les adjudications ordinaires	65
Déclaration et références	68
Cautionnements	74
Règles spéciales aux sociétés d'ouvriers français	87
L'adjudication	91
Approbation de l'adjudication	107
Recours contre les adjudications	111
Marchés de gré à gré	120

DEUXIÈME PARTIE

Résolution du marché de travaux publics

Achèvement normal de l'entreprise	125
Réception provisoire	126
Réception définitive	131
Résiliation de plein droit	138
Décès	138
Faillite	140
Liquidation judiciaire	143

	Pages
Résiliation prononcée par l'administration.....	145
Mesures préalables. Mise en régie. Réadjudication..	146
Résiliation.....	157
Résiliation prononcée sur la demande de l'entrepreneur	
sans indemnité	161
avec indemnité.....	168
Diminution dans la masse des travaux.....	168
Variation dans les prix.....	170
Cessation absolue ou ajournement des travaux.	181
Violation des règles du marché par l'admini- stration	185
Conséquences de la Résiliation	189

VU : *Le Président de la thèse,*
BERTHÉLEMY.

VU : *le Doyen,*
P. CAUWÈS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

PITHIVIERS, — IMP. PITHIVÉRIENNE. — 4276

~~~~~  
PITHIVIERS. — IMP. PITHIVÉRIENNE. — 4276  
~~~~~